

Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur
Charles-Albert Morand

AUER, Andreas (Ed.), *et al.*

AUER, Andreas (Ed.), *et al.* *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2001, 575 p.

AUX CONFINS DU DROIT

Essais en l'honneur du Professeur
Charles-Albert Morand



Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur
Charles-Albert Morand

5





COLLECTION GENEVOISE

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur
Charles-Albert Morand

Edités par
Andreas Auer, Jean-Daniel Delley,
Michel Hottelier, Giorgio Malinverni

Helbing & Lichtenhahn
Bâle · Genève · Munich 2001

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand /
Faculté de Droit de Genève. Ed. par Andreas Auer - Bâle ; Genève ; Munich :
Helbing et Lichtenhahn, 2001
(Collection genevoise)
ISBN 3-7190-1917-9

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute
utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1917-9

© 2001 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

REMERCIEMENTS

Le présent recueil a pu être édité grâce au soutien financier de l'Etat du Valais, auquel les éditeurs expriment leur gratitude.

Les éditeurs désirent remercier également Mesdames FABIENNE DÉLÈZE, LUCIA GOMEZ, SABINE HAENNI-HILDBRAND, AMY MA FAURE, GABRIELLA POGORZELSKA, CHARLOTTE SCHODER, JULIE-ANTOINETTE STADELHOFFER, ainsi que Messieurs DAVID HOFMANN, OSCAR SOLERA, JEAN-MARC VERNIORY et NICOLAS VON ARX, assistant(e)s au Département de droit constitutionnel de l'Université de Genève, pour leur précieuse et aimable collaboration.

Ils expriment également leur reconnaissance à Mesdames DANIELA DELGADO, DAPHROSE NTARATAZE-BARAMPAMA et EVELINE SALVISBERG, qui ont assuré la mise en forme des textes.

AVANT-PROPOS

La carrière scientifique de CHARLES-ALBERT MORAND se décline comme un incessant arpentage des territoires du droit. La longue liste de ses publications illustre ces cheminements multiples. De la législation communautaire, à une époque où le droit européen ne mobilise guère les juristes helvétiques, aux droits fondamentaux, au droit de l'énergie et de l'environnement, en passant par la sociologie législative, la légistique, la théorie et la philosophie du droit, son parcours témoigne d'une insatiable curiosité.

Pourtant, jamais son intérêt ne s'épuise dans la seule explication des mécanismes juridiques, dans l'exercice de la logique propre à la construction hiérarchique close chère à HANS KELSEN. Car la maîtrise de ces mécanismes, aussi parfaite soit-elle, ne comble pas le besoin de CHARLES-ALBERT MORAND d'appréhender et de comprendre le droit dans son insertion sociale.

C'est donc tout naturellement qu'on le trouve parmi les fondateurs du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives de l'Université de Genève, le CETEL, une institution vouée à l'analyse de cette zone frontière entre droit et société. Ce terrain nouveau, où ne s'aventurent que les détenteurs, si rares à l'Université, du double regard du droit et des sciences sociales, lui donne l'occasion de manifester son esprit de pionnier.

En effet, parmi les tout premiers en Suisse, CHARLES-ALBERT MORAND s'intéresse à la mise en œuvre des lois, au droit en action: non pas celui qui est inscrit dans les textes du Recueil systématique et dans la jurisprudence, mais le droit engendré sur le front, dans la confrontation quotidienne de la norme et de la réalité qu'elle est censée régir, et que seule l'observation empirique permet de découvrir.

Pionnier encore, il conclut des résultats de cette observation à la nécessité d'instaurer une méthodologie de l'élaboration des lois, méthodologie qui porte aussi bien sur la stratégie d'action que sur sa traduction normative. S'inspirant en particulier des travaux de PETER NOLL, il développe les bases d'une discipline nouvelle, la légistique, qui doit contribuer à doter l'Etat interventionniste d'instruments d'action à la hauteur de ses ambitions. Pionnier toujours, CHARLES-ALBERT MORAND lance le projet d'une formation en légistique

à distance sur Internet, de manière à atteindre un large public francophone, jusqu' alors plutôt imperméable à cette démarche.

Il convient bien sûr de mentionner encore les célèbres séminaires annuels du Valais, qu'il a organisés durant près de quinze ans et qui ont réuni étudiants avancés, chercheurs suisses et étrangers, et praticiens. Sur des thèmes d'actualité aussi variés que l'égalité entre hommes et femmes, le droit des médias audiovisuels, les instruments d'action de l'Etat, le principe de la légalité, les problèmes de mise en œuvre du droit de l'environnement, l'évaluation législative et les lois expérimentales, la simplification des procédures en matière d'aménagement du territoire, la pesée globale des intérêts ou encore le droit confronté à la mondialisation, il a su faire dialoguer des compétences diverses dans un véritable esprit de pluridisciplinarité. Celles et ceux qui ont participé à ces séminaires savent l'enrichissement intellectuel que procurent de telles rencontres.

Ce foisonnement intellectuel, ces cheminements multiples, cet intérêt constant pour les problèmes de son temps – on rappellera à cet égard son engagement dans la grande aventure de la révision totale de la Constitution fédérale ou encore le colloque promptement mis sur pied sur la guerre au Kosovo – ne signifient en rien une dispersion dictée par une curiosité désordonnée ou l'attrait éphémère de l'actualité immédiate. Car si CHARLES-ALBERT MORAND a parcouru le droit en tous sens et jusqu'à ses confins, dans ces zones floues où se côtoient et s'interpénètrent divers systèmes normatifs, c'est toujours dans le souci d'en comprendre le sens et le rapport avec la réalité sociale. L'approche empirique des phénomènes juridiques nourrit sans relâche son travail théorique.

Ce regard curieux, qui se joue des classements et des catégories prédéterminés, dévoile une image peu conventionnelle du droit: un droit «peu prévisible, aléatoire et s'adaptant en permanence à une réalité sociale mouvante», comme le décrit CHARLES-ALBERT MORAND dans son dernier ouvrage, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Pourtant, cette complexité, ce désordre même, ne le désarçonnent pas. Point chez lui de nostalgie d'un ordre ancien, simple et stable, point de dénonciation moralisante d'un déclin, d'une dégénérescence du droit. Mais le constat que le droit, comme mode de régulation publique, voit ses structures se modifier, au gré de l'évolution des fonctions imparties à l'Etat et des modalités d'action de ce dernier. Et pour com-

pliquer encore, l'observation que les différentes formes d'Etat et leurs structures juridiques respectives ne se succèdent pas avec netteté mais coexistent, «à l'image de couches géologiques compressées, emmêlées et formant un dessin tourmenté».

Ainsi qu'en témoigne son dernier ouvrage, qui noue la gerbe de ses recherches empiriques et de ses réflexions théoriques, CHARLES-ALBERT MORAND nous laisse en héritage un cadre analytique précieux pour poursuivre l'étude du «droit-labyrinthe» et de son évolution, ainsi que pour en construire la théorie.

A. Auer
J.-D. Delley
M. Hottelier
G. Malinverni

SOMMAIRE

Remerciements	5
Avant-propos	7
Sommaire	11
Liste des abréviations	17

I. LA LÉGISTIQUE ET LA THÉORIE DU DROIT

Variations sur des techniques de codification	23
Jean-Louis Bergel	

La distinction du droit et des faits en droit transitoire	37
Pierre-André Côté	

L'évaluation législative entre rigueur scientifique et utilité pratique. L'expérience de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève	51
Jean-Daniel Delley	

De la légistique conçue comme la science de la création du droit écrit	65
Paul Delnoy	

The Obligation to Evaluate the Effects of Laws on the Exercise of Fundamental Rights	81
Ulrich Karpen	

La fin des règles fixes en droit civil	93
Dominique Manai	
Retour sur l'interprétation	111
François Ost	
Evaluation de la loi fédérale sur la protection des données personnelles (Quelques propositions méthodologiquement «légères»)	135
Jean-François Perrin	
La rédaction des normes pénales: unité ou fragmentation?	153
Michel van de Kerchove	

II. LES DROITS FONDAMENTAUX

Wittenberg, Rome et droit collectif du travail	173
Gabriel Aubert	
Digressions sur l'égalité entre hommes et femmes	183
Andreas Auer	
Droits de l'homme, droit naturel et droit public dans la pensée de Pellegrino Rossi	193
Alfred Dufour	

Reflections on Affirmative Action and the American Constitution	207
Tom J. Farer	
Rechtsstaatsdefizite für Ausländerinnen und Ausländer im schweizerischen Verwaltungsrecht	231
Thomas Fleiner	
De l'absence d'autonomie à l'indépendance: histoire et évolution de l'article 14 CEDH.....	245
Michel Hottelier	
Le droit communautaire devant la Cour de Strasbourg	265
Giorgio Malinverni	
Ist die Gewissensfreiheit noch aktuell?	293
Jörg Paul Müller	
Common Constitutional Traditions in Europe as a Source of Community Law	307
Alessandro Pizzorusso	

III. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACTIVITÉ ÉTATIQUE

Les principes directeurs de la sécurité sociale: quel intérêt pour la
Suisse? 323
Pierre-Yves Greber

La révision totale des constitutions cantonales:
questions choisies 341
Etienne Grisel

Justice et responsabilité: leurs images dans les mentalités
contemporaines 359
Jean Kellerhals, Noëlle Languin, Massimo Sardi

Norme et texte: logique textuelle et Etat de droit 377
Pierre Moor

Herméneutique juridique et herméneutique philosophique 401
Valentin Petev

Gewährleistung fairer Lebenschancen – Vornehmste Aufgabe und
Funktion des demokratischen Rechtsstaates und seiner
Rechtsetzung 411
Paul Richli

Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal 429
Robert Roth

De l'opportunité de l'opportunité 447
▷ **Thierry Tanquerel**

IV. LES POLITIQUES PUBLIQUES

Les collectivités publiques et la TVA: de l'Etat providence
à l'Etat commerçant 467
François Bellanger

Aspects des économies de réseaux 491
Christian Bovet

L'intervention de l'état dans l'économie 519
Blaise Knapp

La taxe écologique: un label très convoité qui ne se conserve
qu'après usage 543
Xavier Oberson

Que fait le développement durable dans la Constitution fédérale? ... 553
Anne Petitpierre-Sauvain

Liste des publications de Charles-Albert Morand 569

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AISS	Association internationale de la sécurité sociale
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 16. März 1931 (RS 142.20)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (RS 142.31)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BIT	Bureau international du Travail
BlschK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BR	Baurecht
CDE	Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (RS 0.107)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEE	Communauté économique européenne
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CN	Conseil national
COMCOM	Commission fédérale de la communication
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de justice Internationale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 19 avril 1999 (RS 101)
CPS	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DC	Droit de la construction
DEP	Le Droit de l'environnement dans la pratique

LISTE DES ABRÉVIATIONS

DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DPC	Droit et politique de la concurrence
DR	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FEAS	Fédération suisse des employés d'assurances sociales
FF	Feuille Fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GATS	General Agreement on Trade in Services from 15 April 1994
HRLJ	Human Rights Law Journal
IAOS	International Association for Official Statistics
IDHEAP	Institut de Hautes Etudes en Administration Publique
IESS	Institut Européen de Sécurité Sociale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
LAssV	Loi fédérale sur l'assurance-vie, du 18 juin 1993 (RS 961.61)
LAD	Loi fédérale sur l'assurance dommages, du 20 mars 1992 (RS 961.71)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
LCB	Loi fédérale sur le contrôle des biens, du 13 décembre 1996 (RS 946.202)
LCFF	Loi fédérale sur les Chemins de fer fédéraux, du 20 mars 1998 (RS 742.31)
LEAC	Loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération, du 10 octobre 1997 (RS 934.21)
LET	Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale des télécommunications, du 30 avril 1997 (RS 784.11)
LFC	Loi fédérale sur les finances de la Confédération, du 6 octobre 1989 (RS 611.0)

LISTE DES ABRÉVIATIONS

LFMG	Loi fédérale sur le matériel de guerre, du 13 décembre 1996 (RS 514.51)
LOP	Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste, du 30 avril 1997 (RS 783.1)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998 (RS 814.90)
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1 ^{er} juillet 1966 (RS 451)
LRTV	Loi fédérale sur la radio et la télévision, du 21 juin 1991 (RS 784.40)
LTC	Loi fédérale sur les télécommunications, du 30 avril 1997 (RS 784.10)
LTVA	Loi fédérale sur la taxe sur la valeur ajoutée, du 2 septembre 1999 (RS 641.20)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODT	Office fédéral du Développement territorial
OFCOM	Office fédéral de la Communication
OFEFFP	Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage
OIT	Organisation internationale du Travail
ORNI	Ordonnance fédérale sur la protection contre le rayonnement non ionisant, du 23 décembre 1999 (RS 814.710)
OST	Ordonnance fédérale sur les services de télécommunications, du 6 octobre 1997 (RS 784.101.1)
OTVA	Ordonnance fédérale sur la taxe sur la valeur ajoutée, du 22 juin 1994 (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000)
PCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du Préposé à la surveillance des prix
PIFF	Publications de l'Institut du fédéralisme de Fribourg (Suisse)
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
Rec.	Recueil
Req.	Requête
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese
RDS	Revue de droit suisse
RISS	Revue internationale de sécurité sociale

LISTE DES ABRÉVIATIONS

RJCE	Recueil de Jurisprudence des Communautés européennes
RPS	Revue pénale suisse
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSMP	Revue des sciences morales et politiques
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SJ	La Semaine judiciaire
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
StR	Steuer Revue
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés européennes
URP	Umweltrecht in der Praxis
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. LA LÉGISTIQUE ET LA THÉORIE DU DROIT

VARIATIONS SUR DES TECHNIQUES DE CODIFICATION

JEAN-LOUIS BERGEL

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Désignant à la fois une législation d'ensemble qui s'inscrit, autour d'une perspective commune généralement réformatrice, dans un ensemble cohérent, ordonné et méthodiquement divisé et, d'autre part, un simple regroupement de textes préexistants sans création, ni modifications de fond, le terme de «code» répond à des méthodes législatives très différentes.

Certes, il est habituel et juste de distinguer la substance et la forme. A moins de n'y voir que la réunion de règles éparses dans un même document, un vrai code est une œuvre dogmatique, cohérente et novatrice régissant une matière avec «un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire»¹. PORTALIS disait que la codification n'est pas autre chose que «l'esprit de méthode appliqué à la législation».

De la simple compilation n'est pas de la codification et il ne suffit pas d'employer l'architecture d'un code «pour que le rassemblement opéré de textes divers forme un code»². Or, en France, où naquit en 1804 le Code Napoléon qui, sans chauvinisme aucun, est apparu comme un des grands monuments législatifs de l'histoire et un modèle pour de nombreux pays dans le monde, on procède actuellement à «un exercice général de codification et de simplification des textes»³ qui devait conduire, sous l'égide de la Commission supérieure de codification, à la refonte de treize codes anciens et l'élabo-

¹ JEAN CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^{ème} éd. refondue, Paris 1997, n° 113.

² ALAIN VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Berlin 1988, n° 124.

³ JACQUES CHIRAC, Message aux assemblées parlementaires du 19 mai 1995.

ration de dix-sept nouveaux codes⁴ entre 1996 et 2000. Il s'agit seulement d'une «entreprise de remise en ordre» du droit français, la stratégie retenue étant celle de la codification «à droit constant»⁵. Les gouvernants actuels auraient ainsi été «saisis par le prurit de la compilation»⁶...

Mais le vocable de codification désigne à la fois l'action de codifier et le résultat de cette action.

En hommage à CHARLES-ALBERT MORAND, orfèvre en légistique formelle et matérielle qui constitue, selon lui, «une science nouvelle portant sur les connaissances et les méthodes qui président à la formation de la législation»⁷, il est plus légitime de consacrer ces modestes réflexions amicales aux méthodes de codification qu'aux résultats de cette action.

On observe d'ailleurs qu'en Suisse où EUGÈNE HUBER présida à l'élaboration du Code civil de 1907 et du Code des obligations de 1911, l'article 116 de la loi fédérale du 6 octobre 1966 a confié au Conseil fédéral le soin de présenter une collection systématique du droit suisse.

Devant ce parallélisme historique entre la France et la Suisse, il n'est pas sans intérêt de réfléchir quelque peu aux techniques législatives différentes que supposent la codification substantielle (I) et la codification à droit constant (II).

I. Les techniques de codification substantielle

La codification substantielle correspond à «la confection d'un ensemble systématique de dispositions novatrices fondées sur des principes communs»⁸. Elle doit permettre de détecter «les principes innervant la matière à codifier»

⁴ Par exemple: Code monétaire et financier, Code de l'environnement, Code des associations et fondations, Code de l'éducation, Code du sport.

⁵ Circulaire du Premier Ministre relative à la codification des textes législatifs et réglementaires du 30 mai 1996, JO 5 juin.

⁶ HENRI ROLAND/LAURENT BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4^{ème} éd., Paris 1998, V° codex-code.

⁷ CHARLES-ALBERT MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999, Préface.

⁸ VIANDIER (note 2), n° 83.

et d'affiner les concepts juridiques. On a pu dire qu'il n'est «pas de codes sans dogmes, c'est-à-dire sans principes; c'est à leur présence que l'on distingue la codification de la compilation»⁹. Cela correspond particulièrement aux codifications française, allemande, italienne, suisse...

Ainsi, la codification classique, dite «réelle», «matérielle» ou «substantielle», de type napoléonien, n'implique pas seulement le rassemblement d'un certain nombre de textes préexistants. C'est une œuvre créatrice et de rénovation de l'ensemble d'une matière, qui réunit sous une inspiration commune des règles traditionnelles et des règles nouvelles en une construction cohérente ayant vocation à instaurer et à renouveler un ordre juridique. Elle implique donc un contenu particulier et une structure propre.

Ces exigences s'imposent évidemment pour toute loi. Mais elles revêtent une acuité particulière dans une œuvre de codification qui, réunissant de manière durable les dispositions essentielles dans un seul corpus, suppose une unité de conception et de composition et une parfaite clarté d'expression que peu de lois isolées peuvent atteindre. Les codificateurs doivent, pour des générations, graver des principes dans le marbre et ne peuvent se contenter de rassembler momentanément de simples dispositions spéciales et éphémères. Il ne peut s'agir d'une simple «consolidation», autrement dit d'une simple mise en ordre, sans innovations, du droit existant afin de consacrer en législation des solutions acquises en jurisprudence ou de réunir et d'intégrer dans un ordre logique et chronologique les textes et la jurisprudence relatifs à une même matière, comme dans les pays de *common law*. Il s'agit encore moins de simples «compilations», de recueils de textes juxtaposés que l'on regroupe sans les modifier, ni même les mettre en ordre, dans un but de pure commodité pratique.

La codification substantielle, qui a notamment pour fonction de transformer l'ordre juridique établi, doit véhiculer des idées nouvelles, assurer leur cohérence avec ce qui subsiste du droit antérieur et diffuser cet ordre nouveau dans la population. On lui reconnaît ainsi, à la fois, une fonction «subversive», une fonction «dogmatique» et une fonction «pédagogique»¹⁰. Cela implique une véritable méthode législative qui, pour être nécessaire à toute élaboration normative, implique, en matière de codification, une recher-

⁹ VIANDIER (note 2), n° 96.

¹⁰ VIANDIER (note 2), nos 93 s.

che de généralité et de synthèse, sur le fond (A) et, sur la forme (B), des qualités spécifiques de composition, de terminologie et de formulation.

A. Technique de conception des codes

La codification substantielle consiste à élaborer une théorie et un système réunissant et coordonnant dans un ensemble normatif unique les principes et les règles destinés à régir une matière déterminée du droit. La codification constitue un enjeu essentiel de l'organisation juridique d'un Etat et s'inscrit dans une perspective politique à travers des options philosophiques ou idéologiques. Historiquement, la codification a d'ailleurs généralement été consécutive à des crises de sociétés à l'issue desquelles il a paru nécessaire de «fixer de nouvelles règles du jeu social et de stabiliser la société sur la base d'un nouveau pacte social»¹¹. A l'époque actuelle, on assiste également, mais dans un climat souvent plus serein, à l'émergence de nouveaux codes, au sens matériel de ce terme. En France, le nouveau code de procédure civile, en 1975, et le nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 en témoignent. Le nouveau code civil du Québec entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 et le nouveau code civil des Pays-Bas de 1992 le montrent également.

Par ailleurs, les pays africains, qui aspirent à créer ou à consolider un Etat de droit, sont conscients de l'importance de la codification du droit comme instrument permettant d'atteindre cet objectif, malgré les obstacles que constituent l'incertitude de leurs droits et les coûts élevés de fabrication des codes¹². Enfin, dans les pays d'Europe centrale et orientale qui sont engagés dans des réformes fondamentales de leur système juridique, la codification des matières de base est en cours.

La codification classique est, en effet, à la fois un facteur d'unité politique et d'intégration sociale et un procédé d'unification et de connaissance du droit qui en garantit la cohérence, la clarté et la sécurité.

¹¹ BRUNO OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris 1998, p. 119.

¹² JACQUES MURIEL NZOUANKEU, «Faut-il codifier le droit en Afrique?», in: *Faut-il codifier le droit? Expériences comparées*, Revue française d'administration publique, Paris 1997, n° 82, p. 329.

Ainsi, les grandes codifications réformatrices sont mal adaptées à des matières trop techniques et spécialisées. Seules les matières les plus fondamentales dont l'inspiration fonde une société semblent donner lieu à de grands codes de type classique. Les autres paraissent vouées tout au plus à une codification administrative, si l'on veut y mettre de l'ordre.

Les fonctions particulières des codifications substantielles dominant donc, au-delà de la problématique générale de toute méthodologie législative, la détermination de leur contenu qui se caractérise par la présence de principes généraux et la rationalisation du droit.

La place réservée aux principes généraux dans une œuvre de codification substantielle est sujette à controverse. Certains pensent que la codification ne devrait porter que sur des principes généraux qui sont dotés d'une permanence suffisante, incompatible avec les solutions ponctuelles, et dont la flexibilité permet une adaptation plus facile aux changements économiques et sociaux¹³. D'autres contestent l'utilité d'un tel code dont le contenu trop volatile serait livré à ses interprètes et ne permettrait pas d'accéder à la législation positive de la matière considérée qui doit, selon eux, y être rassemblée.

Il paraît préférable, semble-t-il, d'établir, dans un code, les principales règles techniques d'une matière fondamentale sous les auspices des principes généraux qui les inspirent et doivent guider leur application. Cela paraît relever à la fois d'un processus inductif et déductif. Il convient de relier entre elles des règles particulières autour des principes communs qu'elles expriment et d'établir les autres règles de la matière considérée qui se déduisent de ces principes et permettent de les mettre en œuvre. On observe en effet qu'un principe «détaché de ses applications concrètes est un principe mort» et qu'inversement des règles ponctuelles simplement juxtaposées, sans souffle commun, seraient orphelines et, le cas échéant, d'application incertaine et désordonnée. «La force d'un code ..., selon M. DELNOY, vient justement du passage du principe à la règle et réciproquement; il y a un dialogue nécessaire entre ces deux éléments qui donne tout son prix à la codification. A défaut, le risque est grand d'aboutir à une œuvre qui ne sera qu'une version, supplémentaire des Dix commandements...»¹⁴

¹³ VIANDIER (note 2), n° 98.

¹⁴ PAUL DELNOY, cité par VIANDIER (note 2), n° 100.

La codification apparaît donc comme un procédé de rationalisation du droit. Ainsi conçue, elle constitue «un mode de concentration du droit». Elle permet de regrouper plusieurs règles particulières sous un principe commun. On a pu observer que le foisonnement des lois spéciales qui marque généralement l'affaiblissement des codes classiques peut être résorbé par de nouvelles codifications. Le vieillissement des codes se traduit par un phénomène de décodification en multiples lois spéciales auxquelles peut répondre un effort de recodification.

En France, le rapport du Conseil d'Etat pour 1991 avait déploré un droit qualifié de proliférant, d'instable, d'opaque, de dégradé, et avait dénoncé notamment ce qu'on appelle couramment l'inflation normative, c'est-à-dire l'accumulation de textes qui s'empilent, se modifient constamment et dans lesquels on ne se retrouve plus¹⁵. Il s'agit, en réalité, d'un mal universel auquel on peut tenter de remédier par la codification qui est un moyen de canaliser le droit, de l'ordonner et de le rendre accessible.

S'agissant de la codification matérielle, aucun texte, en France, ne prévoit de procédure particulière. Généralement, on crée une grande commission *ad hoc* à laquelle on confie le soin de préparer la réforme. A l'initiative de M. P. MAZEAUD, un office parlementaire particulier a été institué pour renforcer l'action du Parlement en ce domaine. Mais les codifications matérielles d'envergure sont longues, onéreuses et difficiles. En France, en 1994, les vicissitudes de l'élaboration, même sans modifications de fond, d'un nouveau code de commerce en ont montré les difficultés, même si cela était dû notamment aux particularités du droit commercial dont la survie en tant que droit national paraît menacée par les progrès de l'intégration européenne¹⁶.

B. Techniques d'expression des codes

«Un code n'est pas un magma d'articles. Ce n'est pas un chaos, mais un ordre, une présentation ordonnée d'un pan de l'ordre juridique.»¹⁷ Cela n'est

¹⁵ GUY BRAIBANT, «La problématique de la codification», in: *Faut-il codifier le droit? Expériences comparées* (note 12), p. 165.

¹⁶ F. TERRÉ/ODIN-ADAM, «Codifier est un art difficile (à propos d'un ... code de commerce)», D 1994, chron., p. 99.

¹⁷ GÉRARD CORNU, *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd., Paris 2000, n° 77.

certes pas propre aux codes et devrait être inhérent à toute loi. Mais la législation d'ensemble que représente un code suppose, au-delà des exigences générales de tout discours législatif, une structure particulière qui soit capable d'en embrasser toutes les nombreuses dispositions qui doivent s'y enchaîner selon un ordre logique. Chacune doit s'y incorporer à un ensemble cohérent. Ce qui caractérise un code, c'est son unité. Tout code suppose le respect de trois unités: unité d'objet, unité d'esprit et unité de forme. L'unité d'esprit y est particulièrement caractéristique de la codification substantielle. On ne s'attachera ici qu'à cette idée d'unité qui implique, dans un code, une attention particulière à sa présentation formelle pour garantir la logique de l'incorporation de toutes les règles qu'il comporte à l'ensemble cohérent qu'il constitue. Il faut ainsi réfléchir particulièrement, lors de l'élaboration d'un code, à la logique de sa composition d'ensemble et à celle des articles qui y sont réunis.

La *composition d'ensemble* d'un code doit représenter à la fois sa logique interne, son contenu matériel et la hiérarchie de ses dispositions pour chacune des matières qu'il régit. La division d'un code en parties s'impose en effet en raison du nombre d'articles qu'il comporte et de la possibilité de les grouper en ensembles présentant une réelle unité conceptuelle. Ainsi, un bon plan est indispensable à sa cohérence et à sa compréhension. Or, en matière législative, les plans doivent être apparents pour faciliter la lecture de la loi. On distingue souvent des «plans logiques», fondés sur la logique déductive ou la chronologie et les «plans symboliques», dictés par l'idée que la construction a pour objet de mettre en évidence¹⁸. Mais les plans logiques, les plus courants, ont l'avantage de permettre une normalisation des lois. Au-delà de la succession d'articles qui compose tout texte législatif, la construction d'un code revêt une importance particulière pour cristalliser son unité d'ensemble et la logique interne des parties qui y sont réunies.

S'il commence, le cas échéant, par des dispositions préliminaires, générales et transversales, un code se divise toujours en parties principales dont chacune correspond à un objet déterminé. Ainsi, le Code civil français comporte trois livres respectivement intitulés «des personnes», «des biens et des différentes modifications de la propriété» et «des différentes manières dont on acquiert la propriété». Le Code civil suisse, qui est différent du «Code des

¹⁸ VIANDIER (note 2), n° 192 s.

obligations», comprend quatre livres consacrés au droit des personnes, au droit de la famille, aux successions et aux droits réels. Le Code civil du Québec est divisé en dix livres, allant des personnes, de la famille, des successions, des biens et des obligations, aux «priorités et hypothèques», à la preuve, à la prescription, à la publicité des droits et au droit international privé.

Chacun de ces livres comporte une structure interne, plus ou moins hiérarchisée, et se décompose en «titres», divisés eux-mêmes, selon les cas, «en sous-titres», comportant eux-mêmes des «chapitres» subdivisés en sections, regroupant des paragraphes ou des sous-sections...

Ces plans reflètent un ordre logique naturel des dispositions propres à chaque matière selon deux paradigmes principaux: la loi va du général au particulier et de la règle à son application¹⁹.

Quant au choix du plan, JHERING en a posé les meilleurs critères dans «l'esprit du droit romain»: «plus la construction est simple, et plus elle est parfaite, c'est-à-dire plus elle est claire, transparente, naturelle. [...] La construction est claire lorsqu'elle rend le rapport facilement accessible à notre entendement [...]; elle est transparente, lorsque les conséquences du rapport apparaissent ouvertement [...]; elle est naturelle, lorsque la construction ne prétend pas déroger aux phénomènes du monde physique ou intellectuel»²⁰.

«L'article est l'élément de base de la communication normative»²¹. Il caractérise le style législatif et réglementaire. C'est «le lieu d'une disposition légale», identifié dans l'ensemble d'un texte par son numéro²², par lequel on citera cette disposition. A cet égard, c'est une entité distincte des autres éléments du texte qui devrait se caractériser par sa concision et son unité intellectuelle. Le principe essentiel de la rédaction législative devrait être: «un article, une idée»²³. Il s'agit là d'une des conditions de la clarté du message législatif et de sa compréhension par ses destinataires. Le législateur impose, interdit, autorise, dispose... Il n'a pas, comme le juge, à argumenter ou à

¹⁹ CORNU (note 17), n° 76.

²⁰ RUDOLF VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par OCTAVE LOUIS MARIE GHISLAIN DE MEULENAERE, 3^{ème} éd., Paris 1886, tome 2, page 72, cité par VIANDIER (note 2), n° 192.

²¹ ROBERT C. BERGERON, *Essais sur la rédaction législative*, Ottawa 1999, p. 29.

²² CORNU (note 17), n° 74.

²³ *Ibidem*.

motiver. Bentham écrivait: «chaque article doit être réduit à une proposition pure et simple; ou du moins un article ne doit jamais renfermer deux propositions complètes et indépendantes»²⁴. En France, actuellement, les circulaires des Premiers ministres successifs concernant l'élaboration des textes préconisent de «n'énoncer qu'une règle par article».

Cette indication est toutefois souvent méconnue, notamment dans des lois dont le projet émane de ministères dits techniques dont les bureaux, confondant plus ou moins article et chapitre, rédigent souvent des articles «composés de nombreuses phrases, qui hébergent chacune plusieurs idées»²⁵. Cette pratique, toujours néfaste pour la clarté et la bonne interprétation des textes, est plus particulièrement à bannir dans un code fondamental qui n'a pas vocation à réglementer de menus détails techniques. PORTALIS écrivait: «l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière»²⁶. Il est vrai que la notion même d'unité de proposition, bien qu'elle ne soit pas claire, ne paraît pas exclure d'énoncer, dans un même article, un principe et une exception, un principe et sa conséquence, un principe et sa sanction, un principe et ses principales applications... On observe d'ailleurs que «l'article de loi n'est pas une unité indivisible» et comporte souvent plusieurs alinéas dont chacun contient une ou plusieurs phrases²⁷ dont le repérage dépend d'un renvoi à la ligne, quel que soit le signe placé à la fin de la ligne précédente, et devrait être identifié par un chiffre ou une lettre. L'alinéa ne devrait être que la subdivision intellectuelle et formelle d'un article, dans le respect de son unité.

Mais, spécialement dans un code, au sens substantiel et fondamental de ce terme, l'expression de l'unité d'ensemble et de la généralité de principe qu'il représente doit s'exprimer formellement par des «articles d'annonce», comme par exemple l'article 1603 du Code civil français énumérant les obligations principales du vendeur, qui sont précisées par la suite, des «articles

²⁴ JÉRÉMY BENTHAM, *Tactique des assemblées législatives*, traduit par ETIENNE DUMONT, 2^{ème} éd., Paris 1822, tome 1, p. 102 s., cité par CORNU (note 17), n° 74.

²⁵ VIANDIER (note 2), n° 201.

²⁶ JEAN ETIENNE MARIE PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, Ed. Aix-en-Provence 1988, p. 26.

²⁷ CORNU (note 17), n° 74; sur la notion actuelle d'alinéa en France, V° Circ. Premier min. du 20 octobre 2000, JO 31 oct. 2000, p. 17302.

de synthèse», placés en tête d'une division ou en transition avec la suivante, donnant une vue d'ensemble de tout un pan du droit, comme l'article 1370 du Code civil pour les obligations extra-contractuelles, et des «articles de définition» des principaux concepts²⁸.

Ces exigences formelles ne se retrouvent évidemment pas dans de simples codifications administratives «à droit constant» puisque ce processus, limité à la mise en ordre de textes existants, ne comporte ni conception ni rédaction de textes nouveaux. Les problèmes techniques qui s'y attachent sont donc d'une toute autre nature.

II. La technique de codification «à droit constant»

A la différence de la codification réformatrice, la codification «à droit constant» n'est qu'une sorte de «consolidation» ou de «compilation» consistant à rassembler dans un texte unique les dispositions existantes relatives à un domaine déterminé du droit, mais dispersées dans un nombre parfois élevé de lois séparées. Contrairement à la codification substantielle, cette codification purement formelle n'a ni fonction «dogmatique», ni fonction «subversive» et créatrice. Elle n'a qu'une fonction «pédagogique», dans la mesure où elle facilite l'accès à la connaissance du droit. On a pu dire qu'elle est un peu «la codification du pauvre»²⁹.

Il s'agit à cet égard d'une réponse à la «décodification» que constitue la prolifération de lois spéciales, souvent circonstancielles et dotées d'une logique propre, en dehors des grands codes et souvent en contradiction avec eux. Plus un droit devient complexe et pléthorique, plus il devient inaccessible et inintelligible, donc arbitraire et injuste. Face à l'inflation législative que connaissent les sociétés modernes, la sécurité juridique des citoyens, des entreprises et même des collectivités publiques exige une remise en ordre systématique du droit qu'une codification purement formelle des textes existants a pour but de réaliser.

Cette «consolidation» de type anglosaxon correspond à la «codification dite administrative» que l'on pratique actuellement en France et que l'on

²⁸ CORNU (note 17), n° 75.

²⁹ VIANDIER (note 2), n° 120.

s'efforcera de présenter ici. Il s'agit d'une codification sans innovations, d'une simple mise en ordre des textes avec une répartition rationnelle entre des codes existants ou à créer et une organisation méthodique de chacun d'eux : c'est pourquoi on parle de «codification à droit constant».

La Commission Supérieure de Codification, «chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit», y a pour objet une codification quasi systématique du droit français, si bien que la France devrait avoir une soixantaine de codes au début du XXI^{ème} siècle. A titre d'exemples ont été adoptés : le Code de la consommation, par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, le Code Général des Collectivités Territoriales, par la loi n° 96-142 du 21 février 1996 et, tout récemment, le Code de commerce et le Code de l'environnement, par les ordonnances n^{os} 2000-912 et 2000-14 du 18 septembre 2000.

Le processus de codification à droit constant est sanctionné par le Parlement qui vote les parties législatives des codes. Mais la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 habilite maintenant le Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes, ce qui n'exclut pas le contrôle du Parlement à l'occasion des lois d'habilitation et de ratification. La méthodologie de cette codification à droit constant des textes législatifs et réglementaires pose des problèmes divers, dont certains sont évoqués dans une circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 (JO 5 juin), concernant à la fois la conception (A) et la présentation (B) des codes.

A. Problèmes de conception des codes

La conception même de codes à droit constant implique d'abord une détermination préalable des nouveaux codes à établir et, le cas échéant, des besoins de refonte de codes anciens, notamment pour y intégrer des législations ou des réglementations extérieures.

Ainsi, la question de savoir s'il fallait un code de la consommation et un code des sociétés ou s'il fallait inclure ces matières dans le code de commerce a, par exemple, été vivement discutée.

Ensuite, le *recensement des textes à codifier* pose des questions de fond. Il faut en effet rassembler toutes les normes générales et abstraites en vigueur

dans un domaine déterminé, quelle que soit leur ancienneté. Mais il n'est pas aisé de savoir si certaines dispositions très anciennes sont encore en vigueur ou non.

La neutralité absolue de la codification à droit constant est d'ailleurs un leurre, car il faut bien tenir compte des problèmes de compatibilité des textes anciens avec la Constitution actuelle, avec le droit européen, avec les exigences du droit international..., dont l'appréciation dépend des hautes instances juridictionnelles et non d'une simple commission administrative: comment, par exemple, codifier sans en modifier le texte la loi qui institue «la fête des mères françaises» en dépit des exigences du Traité de Rome? Les codificateurs ne peuvent pas non plus s'abstenir de modifier le libellé de certains textes pour en homogénéiser la terminologie, en particulier pour la dénomination de certaines autorités ou de certaines compétences. Ils sont ainsi conduits à procéder à des modifications de forme pour actualiser et adapter des textes anciens en fonction du droit en vigueur et de la langue pratiquée actuellement. Ils doivent aussi constater des abrogations ou caducités de textes antérieurs et s'assurer de la validité des normes qu'ils codifient par rapport à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire, ce qui implique souvent de les mettre en harmonie avec eux.

La détermination du contenu des différents codes est également problématique. Il a ainsi fallu décider si les textes sur les valeurs mobilières devaient s'incorporer au code de commerce, ou être intégrés dans un code des sociétés ou dans un «code monétaire et financier» actuellement en préparation. Il est en outre des textes qui doivent figurer à la fois dans plusieurs codes ou dans un code particulier auquel les autres codes concernés devraient renvoyer. La première solution facilite la lisibilité des divers code, mais exige un soin particulier de coordination de leurs actualisations respectives. Ainsi, l'intégration des dispositions pénales particulières à des matières déterminées, comme le droit de l'urbanisme, le droit du travail, le droit des sociétés ou le droit de la concurrence, a-t-elle sa place dans le Code pénal ou dans les codes spécifiques correspondant à ces matières. On a exclu, en France, les renvois d'un code à l'autre en consacrant une distinction entre «Codes pilotes» et «Codes suiveurs»: le nouveau code pénal est ainsi «code pilote» pour ses quatre premiers livres et «code suiveur» pour les autres.

Cette technique n'est pourtant pas toujours appropriée. Il a fallu répéter dans le Code de la construction et de l'habitation des textes du Code civil concernant, notamment, les ventes d'immeubles à construire, la responsabilité des constructeurs, le contrat de promotion immobilière...

B. Problèmes de présentation des codes

L'établissement du plan des codes, en premier lieu, repose sur une méthode harmonisée de présentation. En France, la «Commission supérieure de codification» a retenu une division en livres, titres et chapitres avec une numérotation et une identification des articles qui en précisent la nature: lois (L), décrets (D) et arrêtés (A). Mais le plan proprement dit doit être déterminé en fonction du contenu de chaque matière, afin d'être rigoureux, clair et intelligible. Il doit mettre en évidence «une architecture juridique et une volonté de mise en valeur des grandes distinctions qui vont orienter le droit du domaine en cause»³⁰. Mais cela implique des choix de fond. Ainsi, le Code général des collectivités territoriales a-t-il distingué, après des dispositions générales, celles intéressant les divers niveaux de collectivités territoriales (commune, département, région), plutôt que celles concernant les fonctions (compétences, statuts, personnel, finances). Il a été admis que le plan doit être identique pour la partie législative et pour la partie réglementaire.

Enfin, le plan des codes comprend toujours des «livres», des «titres» et des «chapitres»³¹, un code pouvant d'ailleurs comprendre aussi, le cas échéant, des «parties» regroupant chacune plusieurs livres. Ces divisions, au moins les principales, sont généralement identifiées par des titres.

Ce plan se reflète dans la numérotation des articles qui est, en principe, composée après l'indication de la nature du texte (L,R,A) de quatre chiffres indiquant le livre, le titre et le chapitre suivis d'un tiret et d'une numérotation séquentielle³².

³⁰ Circ. Premier ministre du 30 mai 1996 «relative à la codification des textes législatifs et réglementaires», JO 5 juin, par. 223.

³¹ Au maximum neuf, en raison de la numérotation décimale.

³² Par exemple art. L 213-2 = texte législatif, livre 2, titre 1, chapitre 3, article 2.

Enfin, des *tables de concordance* entre les dispositions du code et les «textes-sources» que l'on abroge et dont elles sont issues, ainsi qu'entre les divers codes pour en repérer les liens, notamment entre code suiveur et code pilote, s'imposent. Cela établit des passerelles entre ces textes, ce qui fournit des éléments d'interprétation, en fonction notamment des repères historiques pour chacun des textes considérés et grâce aux travaux préparatoires qu'il est ainsi possible de retrouver ou en fonction des liens existant entre un principe et ses applications.

Une telle mise en ordre systématique des textes, à défaut d'être réellement créative, devrait permettre une clarification du droit et une plus grande cohérence des normes juridiques. Elle doit être assez rigoureuse pour être utile, mais assez flexible pour pouvoir absorber toutes les évolutions des textes. Ce n'est qu'un point de départ et ne saurait être un aboutissement...

LA DISTINCTION DU DROIT ET DES FAITS EN DROIT TRANSITOIRE

PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ

Professeur à l'Université de Montréal

Droit transitoire: voilà un terme dont le temps a enrichi le sens. Hier, il désignait cette branche du droit qui s'intéresse aux problèmes posés par la succession des normes juridiques dans le temps. Aujourd'hui, il peut évoquer l'ensemble du droit, tant il est vrai, comme l'a bien souligné CHARLES-ALBERT MORAND, que notre époque se caractérise par «un droit peu prévisible, aléatoire et s'adaptant sans cesse à une réalité mouvante»¹.

Cette mobilité accrue des ordonnancements juridiques, qui déconcerte, qui inquiète même, accentue l'importance de concevoir plus nettement les diverses modalités d'application temporelle des normes juridiques, de sorte qu'avec Jacques Héron, on peut affirmer que «le droit transitoire constitue aujourd'hui un élément primordial de la science législative»². Les travaux de HÉRON ont apporté une contribution exceptionnelle à la meilleure compréhension des principes du droit transitoire en faisant notamment mieux voir l'intérêt, dans cette matière, de faire la part de ce qui appartient au monde du droit et de ce qui relève de l'ordre des faits.

La distinction droit-faits est ancienne, mais ce n'est que tout récemment que son importance en droit transitoire a été vraiment mise au jour. La nature abstraite de cette matière invitant à raisonner à partir d'un exemple, c'est ce que l'on fera (I) avant de souligner l'intérêt de la distinction droit-faits pour la définition des situations en cours (II) et pour l'analyse des effets d'un changement normatif sur les conséquences en cours d'actes juridiques (III).

¹ CHARLES ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 13.

² JACQUES HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris 1996, p. 11.

I. Un exemple: la modification d'une mesure incitative

Les municipalités du Québec sont en concurrence les unes avec les autres pour attirer sur leur territoire de nouveaux résidents, qui seront aussi de nouveaux contribuables. A cette fin, plusieurs d'entre elles offrent des congés d'impôts fonciers de quelques années aux personnes qui érigent un immeuble résidentiel dans les limites de la municipalité. Ces mesures ne font pas l'unanimité, et il pourrait bien advenir que l'administration nouvellement élue d'une municipalité donnée décide de les abolir. Dans cette éventualité, et en l'absence de disposition transitoire formelle édictée dans le texte qui supprime la mesure, quel serait l'effet dans le temps de cette suppression? Plus précisément, s'appliquerait-elle à l'égard du propriétaire qui, au moment de la suppression, était soit en train d'ériger un immeuble, soit en train de jouir du congé d'impôts?

A. *Le droit positif*

En droit positif canadien, l'analyse d'un problème de cette nature se ferait dans le cadre d'un principe général de droit transitoire, le principe du maintien des droits acquis³. Le juriste canadien se demanderait si le fait de commencer la construction d'un immeuble ou le fait de l'avoir terminée fait naître, au profit du propriétaire, un droit qu'on peut qualifier d'acquis. Dans l'affirmative, la survie du régime incitatif antérieur serait assurée pour le propriétaire, l'abrogation d'un texte législatif étant réputée ne pas porter atteinte aux droits antérieurement acquis⁴. Dans la négative, il y aurait suppression du congé fiscal, mais pour l'avenir seulement, le passé étant hors d'atteinte de la loi nouvelle en raison du principe de la non-rétroactivité des lois.

La notion de droit acquis est, en droit canadien, une notion floue qui ouvre la voie à une pesée comparative des coûts individuels de l'application

³ A titre d'exemple, on verra: *Apple Meadows Ltd. (Re) and Government of Manitoba*, [1985] 18 D.L.R. (4th) 58 (Man. C.A.).

⁴ La *Loi d'interprétation* québécoise (L.R.Q., c. I-16) prévoit notamment que «L'abrogation d'une loi ou de règlements faits sous son autorité n'affecte pas les droits acquis».

immédiate de la loi nouvelle et des coûts sociaux de la survie de la loi ancienne. Dans le cas qui nous occupe, un juge en viendrait selon toute vraisemblance à la conclusion, pour des motifs d'équité, que le simple fait d'entreprendre la construction d'un immeuble résidentiel fait naître des droits acquis au régime de congé d'impôts. En effet, conclure autrement tromperait trop gravement les prévisions du propriétaire. La distinction droit-faits n'aurait donc aucune part dans l'analyse du problème ou dans sa solution.

B. PAUL ROUBIER

Envisageons maintenant le même problème dans la perspective préconisée par ce grand maître du droit transitoire que fut PAUL ROUBIER⁵. L'approche de ROUBIER exclut toute référence à la notion de droit acquis, faisant plutôt appel à l'idée de situation juridique. Les situations juridiques se constituent, produisent des effets puis s'éteignent. Elles passent donc par des phases dites «dynamiques» (celles de la création et de l'extinction) et par une phase dite «statique» (celle des effets)⁶. Selon le principe de la non-rétroactivité, les éléments d'une situation juridique (éléments de constitution, effets ou éléments d'extinction) qui se situent avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne sont pas touchés par celle-ci. Par contre, en vertu du principe de l'effet immédiat, la loi nouvelle s'applique dès son entrée en vigueur aux situations en cours: les éléments de cette situation qui se réalisent après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont régis par celle-ci.

Les règles relatives au congé d'impôt foncier peuvent s'analyser comme des règles relatives à la situation juridique de bénéficiaire du congé: elles déterminent comment cette situation se forme, quels en sont les effets et comment elle s'éteint. De façon schématique, on peut dire que la situation se forme en raison de la construction d'un immeuble résidentiel dans la municipalité qui offre le congé. L'effet de la situation est constitué du droit, pendant un certain temps, de ne pas payer d'impôt foncier. La situation prend fin à l'avènement du terme pour lequel le congé est accordé. La constitution de la situation résulte de plusieurs faits successifs marquant les diverses étapes de la construction de l'immeuble. L'effet de la situation, le congé d'impôt, est un

⁵ PAUL ROUBIER, *Le droit transitoire – Conflit des lois dans le temps*, 2^{ème} éd., Paris 1960.

⁶ ROUBIER (note 5), p. 183.

effet de nature durable. Quant à l'extinction, elle survient de façon instantanée, à l'expiration du congé.

Si l'avantage fiscal est supprimé alors que l'immeuble est en voie d'être construit, le changement touche une situation en cours de formation; si l'immeuble était déjà construit, son propriétaire étant en train de jouir du congé, le changement touche une situation en cours d'effets. Dans ces deux cas, la solution de principe, selon le système de ROUBIER, serait l'effet immédiat de la loi nouvelle. Pour l'immeuble en construction, la constitution de la situation juridique serait compromise par la suppression de la mesure incitative et le propriétaire ne pourrait éventuellement pas jouir du congé. Pour ce qui est de l'immeuble déjà construit, le congé en cours serait supprimé, mais pour l'avenir seulement: les effets futurs de la situation seraient atteints, mais pas les effets passés.

Le système de ROUBIER ne fait donc pas appel explicitement à la distinction droit-faits, mais celle-ci s'y retrouve néanmoins en filigrane. En effet, l'opposition entre les phases dynamiques et la phase statique des situations juridiques correspond très exactement à la distinction droit-faits. Dans le système de ROUBIER, ce sont des faits qui entraînent aussi bien la constitution que l'extinction des situations juridiques. Quant aux effets des situations juridiques, ils sont constitués des droits ou des pouvoirs, des obligations ou des devoirs associés à une situation juridique donnée; les effets appartiennent nettement au monde du droit. Ainsi, la situation de bénéficiaire du congé d'impôts naît en raison de la construction de l'immeuble (un ensemble de faits successifs) et s'éteint en raison de l'avènement du terme (un autre fait). Par contre, l'effet de la situation est d'ordre juridique: c'est le droit de ne pas payer un impôt pendant un temps déterminé.

C. JACQUES HÉRON

Tout en reprenant certains des éléments de la théorie de ROUBIER, les travaux de JACQUES HÉRON ont profondément renouvelé l'analyse des principes du droit transitoire. Le système mis en avant par HÉRON écarte notamment la notion, centrale dans le système de ROUBIER, de situation juridique, notion que HÉRON juge «trop vague pour fonder un raisonnement juridique précis»⁷.

⁷ HÉRON (note 2), p. 9.

Comme élément fondamental d'analyse, HÉRON substitue à cette notion celle de la règle de droit: le droit transitoire a pour objet non pas l'effet des lois à l'égard des situations juridiques, mais l'application dans le temps des règles de droit.

Ces règles comportent une structure constante et peuvent toutes se ramener au modèle suivant: «si tel fait envisagé abstraitement se réalise, alors il en résulte telle conséquence de droit»⁸. Sur le plan méthodologique, l'approche de HÉRON exige que d'abord on interprète le texte de loi pour en dégager la règle puis que soient situés dans le temps aussi bien le ou les faits concrets qui réalisent la présupposition ou l'hypothèse de la règle que les conséquences juridiques résultant de la réalisation de la présupposition. Ainsi, la règle relative au congé d'impôts peut être exprimée comme suit: «Si une personne érige un immeuble résidentiel dans la municipalité, alors l'immeuble, de même que le terrain sur lequel il est érigé, bénéficient d'un congé d'impôt foncier pour l'année de la fin des travaux et pour les x années subséquentes». L'application dans le temps de cette règle exigera que soient situés dans le temps aussi bien les faits successifs qui correspondent à la construction de la résidence que la période pendant laquelle le propriétaire jouit du congé. La période de la construction correspond au temps des faits; la période de congé, au temps du droit.

La façon dont HÉRON propose qu'on analyse l'application de la loi dans le temps est particulièrement féconde pour l'étude de l'application des lois nouvelles aux situations en cours et pour celle de l'effet temporel d'une modification de normes de nature habilitante.

II. L'identification et l'analyse des situations en cours

Il est notoire que les questions les plus épineuses en droit transitoire sont celles que soulève l'application d'une nouvelle loi à des situations juridiques en cours au moment de l'entrée en vigueur du changement législatif. Ce sont d'abord ces situations que les légistes doivent savoir nettement identifier et à

⁸ HÉRON (note 2), p. 14.

l'égard desquelles ils devront éventuellement prévoir des dispositions transitoires particulières.

Pour ce qui concerne les situations juridiques qu'il est possible de situer entièrement avant ou entièrement après le changement législatif, le principe de l'effet exclusivement prospectif de la loi nouvelle (ou principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle) suffit généralement à fournir une réponse claire à la question de leur assujettissement à la loi nouvelle. Sauf indication contraire, la situation entièrement accomplie avant l'entrée en vigueur échappe à la loi nouvelle tandis que celle qui se situe entièrement après l'entrée en vigueur y est normalement assujettie. Ainsi, reprenant notre exemple, le cas de l'immeuble construit avant la suppression du congé d'impôts et dont le propriétaire a déjà joui de la totalité du congé en question est simple: il ne sera pas touché par le changement, sauf indication contraire. Si l'immeuble est construit entièrement après la suppression du congé, le propriétaire ne pourra prétendre au droit de se prévaloir d'une mesure abrogée au moment où il a entrepris de construire.

Le cas difficile est évidemment celui de l'immeuble en cours de construction ou dont le propriétaire est en train de jouir du congé au moment de sa suppression. Quel sera l'effet de l'abrogation dans cette hypothèse? Plusieurs solutions peuvent être envisagées, allant de la plus favorable au propriétaire, et qui prévoirait qu'il pourrait continuer à jouir entièrement du régime de congé dès lors qu'il aurait présenté une demande de permis de construire avant l'abrogation, jusqu'à celle qui lui serait la moins favorable, et qui emporterait la suppression immédiate du droit au congé pour l'avenir, que le propriétaire ait entrepris ou terminé la construction ou qu'il soit en train de bénéficier du congé au moment de l'abrogation. Entre les diverses solutions possibles, la sécurité juridique exige que la loi précise celle que l'on devrait retenir. Il faut donc que le rédacteur puisse bien identifier les situations en cours et qu'il puisse concevoir le plus clairement possible les diverses modalités d'application de la loi nouvelle à leur égard. Voilà ce que permet mieux que toute autre méthode, croyons-nous, celle que propose HÉRON.

Dans le système de HÉRON, la notion de situation juridique en cours correspond à l'hypothèse où une règle de droit est en cours de réalisation au moment du changement législatif. La règle comportant deux éléments, la pré-supposition et la conséquence juridique, la réalisation d'une règle de droit

implique, d'une part, que certains faits se soient produits et, d'autre part, qu'il en soit résulté une conséquence juridique: droits ou pouvoirs, obligations ou devoirs. Il y aura ainsi situation en cours dans deux hypothèses absolument distinctes: soit que les faits qui correspondent à la présupposition soient en train de se réaliser au moment du changement normatif, soit que la conséquence juridique soit alors en train de se produire. Pour reprendre notre exemple, il y a situation en cours lorsque, au moment de la suppression du congé, soit la construction de l'immeuble est en cours, soit le propriétaire est en train de jouir du congé.

HÉRON fait ainsi apparaître l'ambiguïté de la notion traditionnelle d'effet immédiat: cette modalité d'application de la loi nouvelle en recèle deux. Il y a d'une part l'hypothèse où la présupposition de la règle est en train de se réaliser au moment du changement (ce que HÉRON appelle la dispersion des faits), hypothèse qui offre le choix entre ce qu'il appelle l'application générale de la loi nouvelle⁹ et la survie de la loi ancienne, et d'autre part l'hypothèse où c'est la conséquence juridique qui est en cours de réalisation, auquel cas il faut choisir entre l'effet rétroactif ou non de la loi nouvelle, selon qu'elle s'appliquera ou non aux conséquences futures de faits accomplis avant le changement normatif.

Ainsi, dans l'exemple de la suppression du congé d'impôts, il peut y avoir situation en cours soit en raison du fait que l'immeuble était en voie de construction au moment de la suppression, soit parce qu'un propriétaire était en train de jouir du congé à ce moment. Ce sont là deux hypothèses radicalement différentes. En effet, dans le premier cas, la présupposition de la règle étant en cours de réalisation, l'application de la loi nouvelle ne saurait encourir le reproche de la rétroactivité: l'application de la suppression du congé à l'égard des faits en cours ne modifierait pas le régime juridique de faits totalement accomplis; tout au plus se poserait alors la question de la survie de la loi ancienne. Par contre, si le propriétaire était en train de jouir du congé au moment de sa suppression, le priver du droit au congé, ne serait-ce que pour l'avenir, comporte un élément de rétroactivité: il y aurait alors modification du régime juridique, modification des conséquences juridiques de faits (les

⁹ HÉRON (note 2), p. 91.

faits qu'implique la construction de l'immeuble) entièrement accomplis avant le changement normatif.

Non seulement ces deux hypothèses se distinguent-elles sur le plan formel, mais, en droit positif canadien, elles donneraient lieu à une analyse tout à fait différente. En l'absence de disposition transitoire, l'application d'une loi nouvelle à une situation en cours est généralement déterminée par le juge à la lumière du principe général du maintien des droits acquis. La mise en œuvre de ce principe comporte deux étapes. Il faut d'abord se demander si les faits qui se sont produits ont fait naître un droit acquis, puis vérifier si la loi, de manière expresse ou implicite, n'a pas mis à l'écart la présomption du maintien des droits acquis.

Lorsque tous les faits correspondant à la présupposition de la règle se sont réalisés avant le changement normatif et que ces faits sont en train de produire leurs effets, la conclusion qu'on est en présence de droits acquis s'impose d'elle-même et la loi nouvelle ne sera pas applicable à la situation, à moins que l'on ne puisse établir que, dans les circonstances, le législateur n'a pas voulu maintenir les droits en question. Par contre, lorsque le changement intervient alors que seulement une partie de la présupposition de la règle s'est réalisée, alors le débat devra porter d'abord sur l'existence des droits acquis. Si nous reprenons notre exemple, lorsqu'un immeuble est déjà construit au moment de la suppression du congé, il n'y a pas de doute que le droit au congé serait jugé acquis, et seule la volonté du législateur de respecter ce droit serait sujette à débat. Par contre, si la construction était en cours à la date de la suppression du congé, il faudrait d'abord se demander si les faits survenus antérieurement étaient suffisants pour faire naître un droit acquis. Le simple fait de requérir le permis de construire était-il suffisant? Fallait-il aussi que la construction ait été commencée? Qu'elle ait été terminée?

Cette hypothèse de la modification des conséquences futures de faits accomplis avant le changement normatif, HÉRON la désigne par l'expression «effet rétrospectif». Le terme est nouveau, mais la modalité d'application de la loi dans le temps à laquelle il se réfère était connue de ROUBIER, qui la désignait par l'expression «rétroactivité tempérée»¹⁰. L'effet rétrospectif est-

¹⁰ ROUBIER (note 5), p. 290-291.

¹¹ HÉRON (note 2), p. 100.

il, comme le prétend HÉRON, un «concept irréductible»¹¹ ou ne s'agit-il, suivant ROUBIER, que d'une version atténuée de l'effet rétroactif? Les deux auteurs ont raison, chacun à leur manière. Héron a raison d'insister sur le fait que l'effet rétrospectif diffère de l'effet rétroactif en ce qu'il ne modifie pas les effets déjà produits de faits accomplis avant le changement normatif: seul les effets futurs sont touchés. ROUBIER a lui aussi raison de rapprocher l'effet rétrospectif de l'effet rétroactif puisque, dans les deux cas, la loi modifie le régime juridique de faits accomplis avant son entrée en vigueur.

Nouveau concept ou nouveau mot? Serions-nous en présence d'une simple querelle de mots? Sans doute que non, car, en droit positif, le fait de qualifier de rétroactive une application de la loi nouvelle entraîne des conséquences. Notamment, il déclenche l'application du principe de la non-rétroactivité de la loi, principe qu'il est difficile d'écarter, certains systèmes de droit exigeant même que cela ne puisse être fait que par voie expresse. Cela explique sans doute pourquoi HÉRON, qui n'ignorait certainement pas la notion de rétroactivité tempérée de ROUBIER, a choisi de ne pas utiliser ce terme, à connotation péjorative, et de faire plutôt appel au néologisme «effet rétrospectif», plus neutre et donc plus favorable à cette solution.

Si la perspective proposée par HÉRON permet une analyse plus fine de l'effet des lois nouvelles sur les situations en cours, elle a en plus le mérite de proposer une voie susceptible de démêler l'écheveau que représente, en tout cas en droit positif canadien, le problème de l'application d'une loi nouvelle à l'égard des conséquences à venir d'un acte juridique.

III. Les actes juridiques en cours d'effets

L'acte juridique se définit comme la «manifestation d'une ou de plusieurs volontés destinée à produire un effet de droit»¹². Il prend, dans la vie juridique, des formes très diverses, mais qui toutes peuvent s'analyser en distinguant ce qui appartient à l'ordre des faits et ce qui relève de l'ordre du droit. Ainsi, un accord de volontés (un fait) entraîne l'obligation pour les parties de

¹² Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue*, 2^{ème} éd., Montréal 1991, p. 17.

respecter le contrat (une conséquence juridique); le prononcé d'un jugement en matière pénale (un fait) entraîne l'obligation pour l'inculpé de purger une peine (une conséquence juridique).

En droit positif canadien, on peut observer que la qualification de l'application d'une loi nouvelle à l'égard d'un acte juridique en cours d'effets fait très souvent l'objet de désaccords en jurisprudence. L'application d'une loi nouvelle de manière à modifier pour l'avenir les effets d'un contrat est-elle rétroactive? Non, diront les uns, puisque la loi n'agit qu'à l'égard des effets futurs du contrat. Oui, diront les autres, puisque la loi modifie les effets d'un fait accompli, la formation du contrat¹³. L'application de la loi nouvelle de manière à modifier une peine d'emprisonnement prononcée avant son entrée en vigueur est-elle rétroactive? Non, diront les uns, puisque l'on ne modifie pas la partie de la peine qui a été purgée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Oui, diront les autres, puisque cette modification revient sur un fait accompli, le jugement de condamnation¹⁴.

Ce qui rend ardue l'analyse de ces cas, c'est que l'on a affaire dans chacun d'eux à deux ordres de normes que l'on aura tendance à confondre. Il faut cependant être sur ses gardes, car une norme peut en cacher une autre! Les normes que l'on aura le plus facilement à l'esprit sont celles qu'énonce l'acte juridique lui-même. Ainsi, en matière contractuelle, une loi nouvelle qui s'applique de façon à modifier pour l'avenir le contenu obligationnel du contrat porte atteinte à l'application des règles du contrat; de même, en matière pénale, la modification de la peine après le prononcé de la sentence porte atteinte à l'application d'une norme individuelle, la décision consacrée par le jugement.

Mais d'autres normes sont également à l'œuvre. D'où le contrat tire-t-il sa force obligatoire? D'une norme, forcément. Qu'est-ce qui oblige l'inculpé à purger la peine imposée par le jugement? Il ne peut s'agir que d'une norme. Effectivement, l'article 1434 du Code civil du Québec, faisant écho au principe *pacta sunt servanda*, énonce que «le contrat valablement formé oblige

¹³ On verra les notes des juges majoritaires et dissidents dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

¹⁴ On verra les notes de la majorité et de la dissidence dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

¹⁵ *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.

ceux qui l'ont conclu [...]». En droit pénal canadien, la jurisprudence affirme qu'un accusé a l'obligation de purger intégralement la peine imposée lorsqu'il a été régulièrement déclaré coupable et condamné par un jugement passé en chose jugée¹⁵.

Ces normes qui rendent obligatoire le respect de l'acte juridique et que Héron qualifie de règles habilitantes par opposition aux normes habilitées inscrites dans l'acte juridique, ce sont des méta-normes, des normes relatives aux normes que les sujets de droit sont habilités à créer¹⁶. Quel que soit l'acte qu'elles ont comme objet (contrat, testament, règlement, jugement, etc.), leur structure peut se ramener au modèle suivant: si un acte juridique est formé en respectant les conditions de forme et de fond prescrites (la présupposition), il est alors valide et il doit être respecté (la conséquence juridique).

La norme habilitante se réalise ainsi en deux étapes, chacune comportant sa propre dimension temporelle. La présupposition prend le temps qu'il faut à la parfaite manifestation de la ou des volontés. Quant aux conséquences de la norme habilitante, elles durent ce que doit durer l'effet de l'acte habilité. L'obligation de respecter le contrat dure aussi longtemps que l'exécution du contrat n'est pas accomplie. L'obligation de respecter le jugement pénal dure aussi longtemps que la peine n'a pas été entièrement purgée. Si l'application d'une loi nouvelle vient compromettre l'exécution d'une peine ou d'un contrat antérieurs, la conséquence juridique de la norme habilitante s'en trouve par là même affectée. Alors que la norme habilitante prescrivait que le contrat valide devait être respecté, la loi nouvelle dispense de cette obligation pour l'avenir. Alors que la norme habilitante prescrivait que la peine devait être entièrement purgée, la loi nouvelle en dispense l'inculpé pour l'avenir.

La prise en compte de la norme habilitante permet ainsi de régler la question de la qualification d'une loi dont l'application modifie pour l'avenir les effets d'un acte juridique antérieur à son entrée en vigueur. Cette loi modifie non seulement les effets de l'acte, mais également, et de façon plus fondamentale, elle modifie les effets de la norme qui rendait le respect de l'acte obligatoire. Tous les effets de cette norme ne sont toutefois pas atteints, puisque la modification ne vaut pas pour le passé: seule l'application future de la

¹⁶ Elles appartiennent au monde des «règles secondaires» de H. L. A. HART, par opposition aux «règles primaires» inscrites dans l'acte juridique.

norme habilitante est compromise. On a donc nettement affaire à une loi d'effet rétrospectif ou d'effet rétroactif tempéré. La loi modifie le régime juridique d'un fait accompli, la formation d'un acte valide (et, dans cette mesure, elle est rétroactive), mais cette rétroactivité est tempérée puisque les effets passés de l'acte sont respectés.

Le caractère hybride de la notion de rétrospectivité explique vraisemblablement les controverses jurisprudentielles auxquelles elle donne lieu. Le juge qui s'attache au fait que l'application de la loi revient sur un acte accompli aura tendance à la qualifier de rétroactive tandis que le juge qui voit plutôt que les effets passés de l'acte ne sont pas atteints dira que l'application de la loi nouvelle n'implique pas de rétroactivité. La notion de rétrospectivité permet d'éviter un débat stérile sur la qualification et de faire porter la discussion sur la question fondamentale de savoir si la loi nouvelle doit ou non s'appliquer aux effets futurs de l'acte juridique antérieur.

On ne saurait trop insister sur l'importance, lorsque la loi modifie les effets à venir d'un acte juridique, de centrer l'analyse de droit transitoire sur la norme habilitante plutôt que sur la ou les normes habilitées. Dans le cas d'un contrat, à titre d'exemple, les normes habilitées sont, au même titre que la norme habilitante, des règles, avec leur présupposition et leurs conséquences juridiques. Par exemple, une stipulation de non-responsabilité dans un contrat énonce une règle voulant que si un dommage se réalise (la présupposition), alors telle partie au contrat ne pourra être tenue responsable de ce dommage (la conséquence juridique). Supposons que le législateur interdise à compter du premier janvier 1994 les clauses de non-responsabilité pour les dommages corporels ou moraux et qu'il décrète en outre que, dans tous les contrats en cours à cette date, de telles clauses seront privées d'effet pour l'avenir¹⁷.

Imaginons qu'un dommage corporel visé par une clause de non-responsabilité se réalise après le premier janvier 1994. Selon la loi nouvelle, la clause de non-responsabilité, valable au moment de sa stipulation, sera néanmoins sans effets à l'égard de ce dommage. Comment qualifier l'application de la loi nouvelle dans les circonstances? Si l'on prend comme base d'analyse

¹⁷ C'est ce qu'a fait le législateur québécois à l'occasion de la réforme du Code civil. Voir l'article 1474 C. c. Q. et l'article 5 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L. Q. 1992, c. 57.

la règle contractuelle, il faut, pour apprécier l'effet de la loi nouvelle, déterminer la présupposition et l'effet juridique de la règle à appliquer. La présupposition, c'est la réalisation d'un dommage et la conséquence juridique, l'absence de responsabilité. En l'occurrence, aucun dommage ne s'étant réalisé avant le premier janvier 1994, la loi nouvelle ne porte en aucune manière atteinte aux effets d'un fait accompli. Seuls les effets d'un fait futur, le dommage qui se manifeste après le premier janvier 1994, sont touchés. Il n'y a pas non plus de situation en cours et donc pas d'effet rétroactif. Il s'agit d'une application purement prospective de la loi nouvelle, application à laquelle aucun principe de droit transitoire n'est opposable et que seule une manifestation de volonté contraire par le législateur pourrait écarter.

A notre avis, cette analyse procède d'une erreur de perspective. La règle qui se lit «Une personne ne peut aucunement exclure sa responsabilité pour le préjudice corporel causé à autrui» (art. 1474 C. c. Q.) n'est pas une règle qui détermine les conséquences juridiques d'un préjudice ou d'un acte préjudiciable. Manifestement, c'est une règle qui prohibe certaines stipulations dans un acte juridique. Elle fait partie de la norme habilitante, c'est clairement une méta-norme, une norme qui prescrit une condition de validité d'un acte juridique. Puisque le changement normatif intervient au niveau d'une méta-norme, c'est à ce niveau que l'analyse de droit transitoire doit se faire et non au niveau de la norme contractuelle, de la norme habilitée. L'effet de la loi nouvelle est ici de priver d'effet pour l'avenir une stipulation qui était parfaitement valide au moment où le contrat s'est formé. On a donc affaire à une application rétrospective caractérisée, ou, si l'on préfère, à un effet rétroactif tempéré, qui ne devra être admis que lorsque la loi l'a prévu.

Conclusion

Les travaux de JACQUES HÉRON constituent une avancée significative dans la meilleure compréhension des modalités de l'application des lois nouvelles aux situations juridiques en cours. En centrant l'analyse sur les règles de droit, ils ont fait de la distinction droit-faits un élément essentiel du droit transitoire. Ils ont également ouvert la voie à une détermination plus précise des situations en cours en mettant en évidence les deux dimensions du concept d'effet immédiat qui étaient plus ou moins confondues par ROUBIER, soit l'effet général et l'effet rétroactif, selon que sont en cours les faits qui réa-

lisent le présupposé de la règle à appliquer ou les effets de droit attachés à ces faits.

HÉRON a également brillamment mis en lumière l'impact des changements législatifs sur les actes juridiques formés sous la loi ancienne et qui sont en cours d'effets lorsque la loi nouvelle entre en vigueur. Le mode d'analyse qu'il met en avant, centré sur les effets de la règle habilitante plutôt que sur ceux des normes habilitées, fait également appel à la distinction droit-faits. L'acte juridique est un fait, mais un fait normatif, un fait qui engendre du droit. Ce droit tire sa force, son autorité, d'une norme, la règle habilitante. Si le caractère obligatoire d'un acte juridique vient à être atteint par une loi nouvelle, c'est l'effet de droit de la règle habilitante qui est par là même supprimé ou modifié, alors que la présupposition de la règle habilitante (la formation d'un acte valide) s'était déjà réalisée sous la loi ancienne. Comme le caractère obligatoire de l'acte n'est pas atteint pour le passé, ce qui serait le cas si la loi nouvelle était rétroactive, on a ici affaire à une application rétrospective de celle-ci.

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE ENTRE RIGUEUR SCIENTIFIQUE ET UTILITÉ PRATIQUE. L'EXPÉRIENCE DE LA COMMISSION EXTERNE D'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES DU CANTON DE GENÈVE

JEAN-DANIEL DELLEY

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

L'évaluation législative, prospective comme rétrospective, occupe une place centrale dans la légistique¹. Dans la mesure où cette dernière prescrit une démarche méthodique visant à rationaliser la production législative², et donc à améliorer l'efficacité des normes, elle ne peut faire l'économie de l'évaluation, seule à même de cerner les effets potentiels et réels d'une législation.

Dans la réalité, la pratique courante des administrations et des parlements est encore loin d'avoir intégré l'ensemble des exigences légistiques. La volonté d'apporter une réponse rapide et même symbolique aux problèmes qui préoccupent l'opinion publique, la nécessité d'élaborer une solution de compromis qui donne satisfaction aux principaux acteurs politiques et sociaux, la routine administrative qui privilégie les solutions éprouvées, le poids des idées reçues qui font écran à l'analyse objective de la situation, tous ces facteurs contrecarrent une approche méthodique: définition précise du problème à résoudre, détermination des buts et des objectifs visés, choix et com-

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «L'obligation d'évaluer les effets des lois» in: MORAND (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993, p. 80.

² CHARLES-ALBERT MORAND, «Eléments de légistique formelle et matérielle» in: MORAND (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999, p. 18-19.

binaison optimale des moyens adéquats à la fois au terrain sur lequel la législation va s'appliquer et aux buts recherchés.

Néanmoins, depuis quelques années, l'évaluation a fait une percée significative dans le processus législatif. Sur le plan fédéral, dès 1990, le gouvernement et le parlement se sont chacun dotés d'un organe d'évaluation³. Par ailleurs, plusieurs lois fédérales contiennent une clause d'évaluation⁴. Enfin la nouvelle Constitution fédérale (art. 170) attribue à l'Assemblée fédérale la tâche de soumettre à l'évaluation «l'efficacité des mesures prises par la Confédération». Au niveau cantonal, on peut mentionner la Constitution bernoise qui contient une clause générale d'évaluation (art. 101 al. 3). Malgré cette percée normative et même institutionnelle, force est de constater que l'activité évaluative reste encore fort modeste et ponctuelle.

Le canton de Genève a choisi une solution originale. La loi sur la surveillance administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques du 19 janvier 1995 (D 1 10) institue une commission externe «chargée de seconder le Conseil d'Etat et les commissions de contrôle de gestion et des finances du Grand Conseil dans leurs tâches d'évaluation des politiques de l'Etat et des services publics, ainsi que des entités dépendant de l'Etat» (art. 15). Les 16 membres de cette commission, désignés par le Conseil d'Etat pour une période de 8 ans non renouvelable, ne peuvent appartenir ni à l'administration cantonale ni aux pouvoirs politiques cantonaux au sens large. La commission (ci-après CEPP) reçoit ses mandats du Conseil d'Etat et des commissions précitées, mais elle dispose également d'un pouvoir de saisine.

Le débat sur l'institutionnalisation de l'évaluation législative oppose les tenants d'une instance gouvernementale et les partisans d'un organe dépendant du parlement⁵. Pourtant, aucune des deux solutions ne permet d'éviter une possible instrumentalisation de l'évaluation: dans les deux cas de figure, la sélection des thèmes, le contrôle du déroulement de l'évaluation et de la publication des résultats peuvent obéir à des motifs partisans qui limitent la

³ Pour le Conseil fédéral: le Service de contrôle administratif (RS 172.210.11); pour le parlement et plus précisément les commissions de gestion des Chambres fédérales: l'organe parlementaire de contrôle (art. 47^{sexies} de la loi fédérale sur les rapport entre les conseils, RS 171. 11)

⁴ Pour un inventaire exhaustif de ces législations, voir DAVID KETTIGER, *Gesetzescontrolling. Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen*, Berne 2000, p. 77 s.

⁵ KETTIGER (note 4), p. 55.

portée de l'approche évaluative. En faisant le choix d'une solution externe, le canton de Genève a évité ces écueils. Le gouvernement comme le parlement ont la possibilité d'attribuer des mandats d'évaluation à la CEPP, mais cette dernière peut se saisir d'un thème que les deux pouvoirs préféreraient ne pas voir investigué. Par ailleurs, la commission reste maîtresse du processus d'évaluation et de ses résultats. Même si la loi stipule que les rapports d'évaluation sont adressés au Conseil d'Etat et, le cas échéant, à l'une ou l'autre des commissions parlementaires donneuses du mandat, la pratique s'est d'emblée imposée d'une publicité des rapports d'évaluation.

La CEPP exerce son activité depuis maintenant plus de cinq ans. Elle a réalisé une dizaine d'évaluations et trois autres sont en cours. Il est donc possible de tirer un premier bilan de cette expérience et d'en confronter les résultats aux principales caractéristiques définies par les théoriciens de la discipline.

II. Qu'est-ce que l'évaluation législative?

Selon MADER, on entend par évaluation législative «l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en œuvre et les effets des actes législatifs»⁶. Pourtant, même si elle se sert de méthodes scientifiques, «l'évaluation n'est pas une science au sens classique du terme, elle fait plutôt partie des «arts et métiers»»⁷. FREIBURGHHAUS rappelle ainsi le double caractère de la rationalité qui sous-tend la démarche évaluative, une rationalité à la fois scientifique et politique⁸. C'est pour avoir négligé cette rationalité combinée que le modèle expérimentaliste, fondé sur le paradigme méthodologique des sciences naturelles et développé surtout aux Etats-Unis, s'est épuisé à respecter une rationalité scientifique abstraite, dans l'ignorance

⁶ LUZIUS MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne 1985, p. 44.

⁷ DIETER FREIBURGHHAUS, «De l'efficacité des évaluations. Un discours en trois étapes» in: MORAND (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993, p. 47.

⁸ PIERRE LASCOURMES/MICHEL SETBON, *L'évaluation pluraliste des politiques publiques*, Paris 1996, p. 5.

du caractère multiforme de la réalité sociale et de la pluralité des représentations du réel parmi les acteurs impliqués⁹.

La démarche de la CEPP s'apparente plutôt au modèle pluraliste, dit «à la française». Selon ce modèle, l'évaluation ne doit pas seulement obéir aux exigences de rigueur méthodologique mais aussi produire des résultats acceptables et utiles. Dans cette perspective, l'expert n'est pas seul responsable de la production de la démarche évaluative. Cette production résulte d'une démarche collective, celle de l'instance d'évaluation réunissant «des acteurs représentant des visions et des intérêts différents et défendant des valeurs opposées»¹⁰. L'analyse empirique montre pourtant les limites de cette approche qui se veut participative: trop souvent l'acteur administratif, par ailleurs commanditaire de l'évaluation, prend le commandement au sein de l'instance d'évaluation, c'est-à-dire tend à maîtriser le processus et provoque ainsi un effet de désertion de la part des autres membres de l'instance¹¹. De plus, dans le modèle français, le régulateur scientifique, garant de la rigueur méthodologique de l'évaluation – Conseil scientifique de l'évaluation ou Commission scientifique selon les cas –, ne semble pas jouer le rôle de contrepoids face aux intérêts particuliers des acteurs de l'instance¹².

L'évaluation telle que pratiquée par la CEPP se rapproche très clairement du modèle pluraliste, mais il s'agit d'un pluralisme restreint. En effet, on peut considérer la CEPP comme une instance d'évaluation. Mais cette instance n'inclut pas les acteurs directement impliqués par une législation particulière. Par contre, de par sa composition – ses «membres sont choisis parmi des personnalités représentatives de la diversité culturelle et sociale du canton et qui se sont acquis par leur formation ou leur expérience une large autorité dans le domaine de la gestion économique et politique»¹³ – elle peut prétendre refléter la variété des intérêts et des valeurs de la société genevoise. Des membres de sensibilités politiques différentes s'y côtoient, riches d'expériences de la gestion publique et de l'économie privée. Certains d'entre eux, désignés au titre de leur compétence scientifique, veillent au respect des stan-

⁹ *Idem*, p. 9

¹⁰ *Idem*, p. 10.

¹¹ *Idem*, p. 22.

¹² *Idem*, p. 24-25.

¹³ Art. 19 de la loi sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques

dards méthodologiques, tout comme le secrétaire permanent de la commission, un agent spécialisé professionnel de l'évaluation. Ainsi, contrairement au modèle français, la régulation scientifique n'est pas extérieure à l'instance d'évaluation et l'administration ne peut exercer une influence directe sur la démarche d'évaluation. Pas plus d'ailleurs que d'éventuels experts extérieurs à qui ne sont confiés que des mandats partiels très spécifiques tels qu'un sondage d'opinion ou une analyse statistique; il faut encore préciser que ces mandats sont très précisément définis: ainsi dans le cas d'un sondage, le questionnaire est élaboré par la commission elle-même.

Comparé à la démarche expérimentaliste et au pluralisme large tel qu'il prévaut en France, ce regard externe et pluraliste constitue un avantage indéniable. D'une part, la composition de la CEPP confère aux analyses et aux recommandations de cette dernière une large légitimité : on ne peut écarter d'un revers de main les conclusions unanimement adoptées par des universitaires, d'anciens magistrats et députés, et des cadres de l'économie privée, comme on le ferait de celles d'un expert dont on reconnaîtrait la rigueur méthodologique mais à qui on reprocherait de mal connaître le contexte socio-politique en cause. D'autre part, l'absence de l'administration évite le travers bien connu d'une instrumentalisation de l'évaluation, conçue comme un moyen de légitimer une législation par ceux-là mêmes qui sont chargés de l'appliquer. Ce pluralisme que nous avons qualifié de restreint présente parfois des limites. Ainsi, l'évaluation d'une législation ou d'une politique peut conduire à des recommandations mettant en cause des situations acquises et suscitant de ce fait la controverse, à l'exemple des conclusions de l'étude portant sur le subventionnement des écoles de musique¹⁴. Dans un tel cas de figure, la mise sur pied d'un groupe d'accompagnement incluant les acteurs concernés devrait permettre de mieux appréhender les enjeux de l'évaluation et de cerner plus précisément les conditions d'acceptabilité des recommandations, sans pour autant déléguer à des tiers le mandat légal confié à la CEPP.

¹⁴ *Politique cantonale d'éducation musicale. Evaluation de l'impact des subventions aux écoles de musique*, Genève 1999. Tous les rapports de la CEPP sont disponibles sur le site de la commission <http://www.geneve.ch/cepp>.

III. Les limites de l'évaluation

Dans sa prétention à suivre une démarche de caractère scientifique, l'évaluation bute sur des difficultés majeures, en particulier la mesure des effets imputables à une législation et l'établissement d'un lien de causalité qui fonde cette imputation.

Dans le cadre d'une évaluation de la politique cantonale d'éducation musicale¹⁵, la CEPP a renoncé à appréhender le niveau de qualité des élèves ayant suivi une formation dans les établissements subventionnés par l'Etat ainsi que l'impact de l'éducation musicale sur les bénéficiaires de cette formation et sur la vie culturelle du canton. La première mesure aurait impliqué des moyens financiers dont la CEPP ne disposait pas et un délai d'exécution incompatible avec les attentes des autorités. Quant à la mesure de l'impact, la CEPP n'a pas réussi à définir les indicateurs pertinents. Elle s'est donc limitée à comparer les écoles subventionnées et les écoles privées sous l'angle des prestations offertes, de leur coût et des caractéristiques sociologiques des élèves. Les résultats de l'étude ont révélé qu'un peu moins de la moitié des élèves suivant une formation musicale effectuait cette formation dans des écoles subventionnées. Parce que le canton de Genève considère l'éducation musicale comme une tâche publique, la mise en évidence de cette situation a provoqué un débat sur la pertinence des moyens mis en œuvre pour accomplir cette tâche (concentration des subventions sur trois écoles regroupant moins de la moitié de la population intéressée).

L'établissement de la preuve d'une relation de causalité entre les phénomènes observés et une législation particulière se révèle plus ardu encore. En effet, «une législation génère rarement une situation véritablement nouvelle. En règle générale, elle ajoute à un état juridique donné dû à une législation antérieure, à la jurisprudence ou à la pratique juridique, de nouvelles règles ou des règles modifiées»¹⁶. Par ailleurs, il est pratiquement impossible de distinguer les effets sur les comportements du débat engendré par un projet de loi de ceux qui résultent de la loi elle-même¹⁷. Enfin, la mise en œuvre des lois

¹⁵ Voir (note 14).

¹⁶ ARMIN HÖLAND, «L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société» in: MORAND (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993, p. 36-37.

¹⁷ *Idem* p. 37.

implique très souvent un schéma d'action concerté incluant un grand nombre d'acteurs publics et privés¹⁸. Cette complexité de la mise en œuvre rend difficile la détermination précise des variables indépendantes en cause¹⁹.

Aussi la CEPP se limite-t-elle à l'analyse d'un nombre restreint de mesures dans le cadre d'une législation ou relevant de plusieurs lois portant sur le même domaine. Elle renonce donc à l'évaluation exhaustive d'une législation dans toutes ses dimensions, un exercice qui demanderait des ressources temporelles et financières par trop importantes et qui ne conduirait très probablement pas à des conclusions plus solides en termes de validité. La CEPP prend soin de délimiter ses sujets d'évaluation de manière à répondre à quelques questions seulement. Cette délimitation répond aux exigences liées à la modestie des ressources disponibles, à l'accessibilité des données ainsi qu'à l'importance et à l'actualité politiques des interrogations possibles. A l'évidence, cette approche partielle ne correspond pas aux standards de la démarche scientifique. Par contre elle fournit dans un délai et à un coût raisonnables des éléments d'information permettant aux autorités, et plus largement au public, d'apprécier la nécessité d'adapter la législation.

IV. A la recherche des buts

En principe, les buts poursuivis par une législation devraient constituer la référence première de toute évaluation. Le succès d'une loi, son efficacité renvoient en effet aux buts et aux objectifs visés par cette loi.

La littérature a abondamment montré à quel point cette référence posait problème²⁰. Souvent les buts sont tout simplement absents ou déclinés à un tel niveau d'abstraction qu'ils ne présentent aucune utilité pour l'évaluateur. Le flou permet alors aux différents acteurs concernés de poursuivre leurs propres objectifs²¹. Mieux précisés, les buts peuvent se révéler incompatibles

¹⁸ *Idem* p. 37.

¹⁹ Voir (note 6), p. 53.

²⁰ Cf. notamment MADER (note 6), p. 78 s.; HÖLAND (note 16), p. 37; JEAN-DANIEL DELLEY/LUZIUS MADER, «Que faire des objectifs dans une étude de mise en œuvre?», *Revue suisse de sociologie*, 3 1981, p. 385-397.

²¹ JEAN-DANIEL DELLEY ET AL., *Le droit en action*, Saint-Saphorin 1986, p. 31 ss.

dès lors qu'on cherche à les concrétiser. Le contexte dans lequel une législation a été édictée évolue et la même loi va être mise au service de nouveaux objectifs. FREIBURGHANUS n'hésite pas à parler de la «fiction de la finalité des programmes d'action étatiques»²². Et lorsque l'évaluateur tente de faire l'exégèse des intentions du législateur, le risque n'est pas négligeable qu'il y glisse ses propres objectifs ou qu'il procède à une sélection en fonction de ses valeurs.

Parfois un objectif se détache, clair et précis. Une aubaine rare pour l'évaluateur mais qui lui fait courir le risque de négliger d'autres objectifs moins explicites. En choisissant de vérifier si les Transports publics genevois (TPG) atteignaient une vitesse commerciale moyenne de 18 km/h, un objectif fixé par la loi cantonale sur le réseau des transports publics (H 1 50), la CEPP était consciente de ce risque. En effet, le respect des horaires, la fréquence, le confort et le prix concourent tout autant que la vitesse à l'attractivité des transports publics, elle-même condition nécessaire du transfert du transport privé aux transports publics. Mais cette évaluation, au-delà de l'échec constaté – vitesse commerciale non atteinte malgré des investissements financiers importants –, a permis de mettre en évidence des lacunes dans le suivi des mesures prises, un manque de coordination entre les services et les autorités impliqués dans cette politique, le relatif désintérêt des TPG pour l'objectif de vitesse commerciale pourtant fixé dans la loi et surtout la fonction ambiguë d'un but général, la complémentarité des moyens de transport, certes consensuel mais autorisant des interprétations fort divergentes²³.

La CEPP a adopté la même démarche à propos de la politique sociale du logement²⁴. Plutôt que de reconstruire les objectifs découlant du but général de la législation – stimuler la mise sur le marché de logements correspondant aux besoins prépondérants de la population –, la commission a brossé le portrait de la population bénéficiant de ce type de logements et analysé le coût de construction et le niveau des loyers des immeubles subventionnés. En révélant que l'aide publique, parce qu'elle n'incitait pas les promoteurs à

²² Voir (note 7), p. 55.

²³ *Vitesse commerciale des TPG. Evaluation des mesures prises en tant que moyen de promotion des transports publics*, Genève 2000.

²⁴ *Politique sociale du logement. Evaluation de l'encouragement à la construction selon la loi générale sur le logement*, Genève 1997.

construire de manière économique, ne permettait pas d'abaisser les loyers au-dessous du niveau du marché, la CEPP a montré que le mécanisme légal favorisait plus la construction de nouveaux logements qu'il ne facilitait l'accès au logement des catégories de revenus les moins favorisées. Au sens strict du terme, la CEPP n'a pas évalué la loi générale sur le logement, mais s'est limitée à inventorier les faits indispensables à l'appréciation de cette loi.

C'est avec la même retenue que la CEPP a abordé le dossier des déductions fiscales dont peuvent faire usage les personnes physiques²⁵. L'ensemble des déductions autorisées par la législation fiscale résulte de décisions ponctuelles et successives dont il serait vain de rechercher le but commun et la cohérence. Par contre, la mise en évidence des effets des déductions sur les recettes de l'Etat et sur les contribuables en fonction de leur niveau de revenu – une analyse qui n'avait jamais été réalisée – a révélé en particulier le rôle modérateur des déductions sur la progressivité de l'impôt et a permis de fortement relativiser une idée très répandue, à savoir le caractère social des déductions.

De manière délibérée, la CEPP concentre son effort sur l'inventaire des faits – des effets? – sur l'éclairage du terrain auquel s'applique la législation. Ce faisant, elle néglige quelque peu la dimension relationnelle de l'évaluation, la comparaison entre l'état de fait et les buts et objectifs assignés à la législation et les rapports de causalité entre faits/effets et loi. La méconnaissance de la législation en action, telle qu'elle agit très concrètement dans la réalité, est telle que le seul inventaire des faits constitue à lui seul un facteur de première importance pour le pilotage législatif. Contre l'ignorance ou les idées reçues, la CEPP propose une image nouvelle ou renouvelée de l'état des lieux, même si cette image est incomplète. Une image qui interroge les autorités et le public: en somme, s'agit-il bien de la situation que vous vouliez promouvoir en légiférant, respectivement vos attentes ont-elles été satisfaites? Ou encore, si l'intention initiale n'était pas claire: êtes-vous prêts à assumer les conséquences de votre décision d'alors?

²⁵ *Politique cantonale en matière de déductions fiscales. Evaluation des déductions genevoises sur le revenu des personnes physiques sous l'angle de leur impact financier, de leur vérification par l'administration et de l'égalité de traitement*, Genève 1998.

V. La délicate mission de conseil

La retenue que s'impose la CEPP dans la détermination de l'efficacité des lois – comparaison des effets observés et des objectifs poursuivis – justifie une grande prudence dans la formulation des recommandations qui, conformément à la loi (art. 29 al. 2), doivent accompagner ses rapports d'évaluation. En effet, dans la mesure où les buts et objectifs d'une loi sont vagues, peu explicites et même rarement opérationnalisables, il est difficile de transmettre aux autorités des propositions d'action très précises. Si elle le faisait, la CEPP outrepasserait ses compétences, se substituant aux acteurs politiques seuls légitimés à définir ces buts et objectifs.

Pour éviter cette dérive toujours possible, la CEPP s'efforce de ne formuler que des recommandations en relation étroite avec les connaissances produites par l'évaluation. Il n'est pas question de proposer une nouvelle politique. La CEPP, sur la base de l'analyse de terrain effectuée, se contente d'interroger les autorités sur la pertinence des résultats obtenus par la législation. Ainsi, plutôt que de conclure à un échec de la politique sociale du logement – une interprétation défendable au vu des caractéristiques socio-économiques de la population bénéficiaire, mais discutable si l'on considère le caractère très abstrait du but déclaré –, la commission a recommandé au Conseil d'Etat de définir de manière plus précise les catégories de la population auxquelles s'adresse cette politique. De même à propos du subventionnement des écoles de musique: le fait que seule la moitié des enfants bénéficiaires d'une formation instrumentale l'acquière dans des établissements subventionnés met en question la décision des autorités de considérer cette formation comme une tâche publique. Mais la CEPP s'est gardée de proposer un nouveau modèle. Elle s'est bornée à mentionner trois solutions théoriquement possibles, laissant le soin aux autorités d'en apprécier la faisabilité.

De par son statut, la CEPP dispose d'une large autonomie qu'illustrent son indépendance à l'égard de l'administration, son droit d'accès à toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission, un budget propre et surtout son droit de saisine. Ces conditions, ajoutées à la rigueur de sa démarche, fondent la légitimité de son travail. Mais sa fonction consistant à seconder le gouvernement et le parlement dans leur tâche d'évaluation implique également l'existence d'une relation de confiance avec ces autorités. Les

travaux de la CEPP, à l'inverse des travaux de nature scientifique, ne visent pas à un développement de connaissances libres de toutes préoccupations utilitaires. Au contraire, ils doivent être immédiatement utiles et utilisés, faute de quoi l'évaluation législative n'est qu'un alibi, à l'instar des multiples audits et expertises qui ne visent qu'à rassurer le public sur la capacité d'autocritique des autorités.

La conjugaison de l'autonomie et de la fonction de service n'est pas chose facile. Il s'agit d'un délicat équilibre à construire en permanence. Si la fonction de service en vient à éroder l'autonomie de la commission, si la CEPP est instrumentalisée par les autorités, la crédibilité de l'évaluation faiblit. Si la CEPP produit des résultats qui n'intéressent personne et formule des recommandations politiquement inacceptables, elle s'isole et faillit à sa fonction de service. A ce titre, l'expérience de la CEPP peut être jugée satisfaisante, même si ses relations avec les autorités ne sont pas toujours exemptes de tensions. La plupart des évaluations réalisées ont conduit à des adaptations de la législation, à des réorganisations administratives ou pour le moins à une modification des pratiques administratives.

Le dialogue entre la commission et les autorités est une condition essentielle de cet équilibre. A juste titre le législateur a préconisé des «contacts réguliers et suivis» entre la CEPP et les instances mandantes – Conseil d'Etat, commissions de contrôle de gestion et des finances – (art. 17). Manque de temps ou d'intérêt? Les autorités peinent à établir ces contacts réguliers. De même, le Conseil d'Etat a négligé jusqu'à présent de renseigner chaque année le Grand Conseil et la CEPP sur les mesures prises à la suite des conclusions et propositions de cette dernière, comme le prescrit la loi (art. 29 al. 5). Or ces contacts et cette communication sont importants pour faire progresser la compréhension du rôle de l'évaluation dans le cadre de l'action publique. Car l'évaluation ne peut et ne doit rester l'apanage d'une instance spécialisée. L'adhésion et l'intérêt clairement exprimés des autorités politiques sont une condition indispensable à l'appropriation de la dimension évaluative par l'administration. A cet égard, le très petit nombre de mandats confiés à la CEPP par le Conseil d'Etat et les commissions parlementaires – la plupart des législations évaluées ont été choisies par la commission elle-même – ne constitue pas un signe encourageant.

Cette appropriation est d'autant plus indispensable dans un contexte de réforme administrative qui voit les agents publics sensibilisés aux résultats plus qu'à la régularité juridique et comptable de leur action. A terme, l'évaluation législative, sous la forme simplifiée du «*monitoring*», devrait faire partie intégrante de l'activité de l'administration. Par «*monitoring*», on entend la récolte systématique des données nécessaires à la mise en œuvre d'une législation ou d'un programme, de manière à disposer d'indicateurs simples reflétant, même de manière approximative, l'effectivité et l'efficacité de cette mise en œuvre: qualité, quantité et coût des prestations fournies, degré de satisfaction des bénéficiaires notamment²⁶. Dans cette perspective, la CEPP, en se limitant à des évaluations ponctuelles portant sur des lois importantes de par les montants financiers en jeu ou le nombre de destinataires par exemple, des lois controversées ou à caractère illustratif, ne remplirait plus qu'une fonction complémentaire. Car si le caractère de milice de la CEPP constitue un avantage indéniable – indépendance et représentativité sociale –, il présente également des faiblesses. En effet, la capacité de travail de la commission dépend fortement de la disponibilité de ses membres, tous engagés professionnellement. Or le rythme de production de la CEPP – deux à trois évaluations annuelles – ne garantit pas une réponse suffisante aux besoins de contrôle de l'impact et d'adaptation du corpus législatif.

VI. Une exigence démocratique

Finalisée par la recherche d'une meilleure efficacité de l'action publique, l'évaluation législative peut être comprise comme une tentative purement managériale de modernisation de l'Etat. Le danger n'est en effet pas négligeable de voir l'évaluation confisquée par l'administration et les autorités politiques et devenir un enjeu de pouvoir soustrait à la délibération publique. Finalement, comme le rappelle PATRICK VIVERET, «à la limite un dictateur pourrait utiliser des techniques d'évaluation pour renforcer les moyens de sa propre domination»²⁷. Or pour devenir «un outil d'intelligence politique»,

²⁶ WERNER BUSSMANN/ULRICH KLÖTI/PETER KNÖPFEL (éd.), *Einführung in die Politik-evaluation*, Bâle 1997, p. 147 ss.

²⁷ PATRICK VIVERET, *L'évaluation des politiques et des actions publiques*, Paris 1989, p. 27.

pour reprendre l'expression de MICHEL ROCARD²⁸, l'évaluation doit être plus que cela. Dans une société où l'information devient le facteur premier de la création de richesse et où la qualité de la gestion publique détermine de manière prépondérante le développement économique et social, il apparaît indispensable que l'opinion, expression privilégiée des préjugés et objet de toutes les manipulations, cède la place au jugement fondé sur la connaissance des faits. L'expérience constante que font les membres de la CEPP dans le traitement des thèmes d'évaluation illustre bien cette exigence. Dans la phase initiale du choix d'un thème d'évaluation, le débat en séance plénière déborde très vite vers les solutions qu'il faudrait apporter au problème en discussion. Des solutions qui reflètent les clivages politiques habituels et des schémas de pensée préétablis; l'observation attentive de la réalité n'a pas encore eu lieu. A l'issue de l'évaluation, dès lors que la CEPP doit formuler ses conclusions et recommandations, le débat prend une tournure très différente. Chaque membre conserve bien sûr son système de valeurs, mais l'expression de ces préférences ne peut ignorer la contrainte des faits: l'opinion a fait place au jugement fondé.

La procédure genevoise remplit une condition nécessaire à la démocratisation de l'évaluation, à savoir la publicité des résultats. Bien que la loi ne prévoie pas explicitement cette publicité, le Conseil d'Etat a dès l'origine admis que les rapports de la CEPP devaient faire l'objet d'une large diffusion. Par ailleurs, les rapports explicitent la démarche méthodologique choisie et fournissent en annexe tous les documents nécessaires (expertises particulières, résultats détaillés des sondages et questionnaires administrés, etc.) à la vérification et à la critique des résultats obtenus. La solution institutionnelle choisie – une commission externe réunissant des membres aux sensibilités politiques et sociales diverses – évite le danger positiviste d'une évaluation prétendument neutre et porteuse d'une vérité exclusive²⁹.

Mais à l'aune de la logique démocratique, à savoir l'optimisation des possibilités de débat et d'intervention des citoyens³⁰, la solution genevoise est encore loin d'être parfaite. Sa qualité démocratique pourrait être améliorée

²⁸ Voir (note 27), p. 3.

²⁹ Voir (note 27), p. 26.

³⁰ Voir (note 27), p. 27.

d'une part par un élargissement du droit de saisine aux partis politiques et aux organisations sociales, d'autre part par une meilleure prise en compte par la CEPP des points de vue des groupes sociaux touchés par une législation. De cette manière, l'évaluation pourrait devenir l'occasion d'un partage du pouvoir et non d'un renforcement du pouvoir de ceux qui le détiennent déjà.

DE LA LÉGISTIQUE CONÇUE COMME LA SCIENCE DE LA CRÉATION DU DROIT ÉCRIT

PAUL DELNOY

Professeur à l'Université de Liège (Belgique)

1. À l'instar de celui que le présent ouvrage veut honorer, notamment pour avoir consacré une importante partie de son œuvre et de son enseignement à la Légistique, je conçois, moi aussi, cette discipline comme l'activité de *création du droit écrit*.

Elle concerne donc toutes les règles adoptées par un pouvoir normatif quelconque et qui, pour exister, doivent être énoncées par écrit: traité international, constitution, loi au sens strict, règlement, etc., pour faire bref: la loi *sensu lato*.

C'est qu'à la différence des autres normes de droit – coutumes, principes généraux ou principes fondamentaux – la loi est susceptible d'être élaborée selon un processus comportant la réalisation raisonnée et ordonnée d'opérations mentales ou matérielles, donc suivant une méthode rigoureuse, ce qui est bien là, me paraît-il, un des traits essentiels de l'activité scientifique.

2. D'emblée, on conçoit dès lors que l'enseignement de la légistique se fasse à deux «niveaux».

Il y a une légistique générale traitant du processus d'élaboration d'une règle écrite quelle que soit sa forme.

Il y a une légistique spéciale pour chaque type de norme. Son enseignement doit être consacré à l'examen systématique des quatre questions suivantes:

1° quelles sont les conditions de constitution de l'organe habilité à faire ce type de norme?

- 2° quelle est sa compétence entendue comme sa sphère de pouvoirs?,
a) compétence *ratione materiae* : quels types de problèmes a-t-il le pouvoir de régler?, b) compétence *ratione personae* : quelles personnes a-t-il le pouvoir de régir?, c) compétence *ratione loci* : pour quelle sphère géographique peut-il créer une règle?, d) compétence *ratione temporis* : durant quelle période de temps dispose-t-il du pouvoir normatif? et, enfin, e) quelles sont les contraintes qui le limitent dans l'exercice de ces pouvoirs, la première résultant de sa place dans la hiérarchie des Pouvoirs normatifs, ce qui lui impose de respecter des dispositions prises dans ses sphères de compétence par les Pouvoirs normatifs qui lui sont supérieurs?
- 3° quelle est la procédure à suivre pour l'élaboration du type de règle considéré?
- 4° quelles sont les mesures de publicité à respecter?

Pour le praticien de la légistique, il y a là comme une «check-list» à suivre.

3. La Légistique a trait à *la création* du droit écrit.

Je n'ai pas dit *rédaction* du droit écrit, parce que «*rédaction*» est souvent entendu comme n'envisageant que des questions de pure forme.

Ces questions ne doivent certes pas être ignorées. Mais elles ne sont que rarement intéressantes et, en tout cas, il n'est guère difficile de les résoudre. Il ne faut donc pas, contrairement à ce que d'aucuns ont tendance à faire, les mettre au tout premier rang des préoccupations légistiques.

En revanche, sont plus délicates et plus difficiles à résoudre et, partant, méritent plus d'attention, les questions de fond: la conception même de la loi et l'expression adéquate et claire de la prescription normative.

Si donc on voulait à tout prix parler de *rédaction législative*, il faudrait entendre les mots dans le sens où, durant nos études secondaires, on nous demandait de «faire une rédaction» et où nous étions jugés davantage sur la qualité des idées développées et leur agencement que sur la forme de leur expression.

4. Mais même si l'on prenait le terme «*rédaction*» dans ce sens, il ne correspondrait pas encore suffisamment à ma conception de la légistique: science du *cheminement de la pensée juridique dans le processus d'élaboration de la loi*.

Aussi bien, je serais tenté de parler plutôt de *méthodologie* de la création du droit écrit.

Qui dit «méthodologie» dit d'abord «méthode».

En philosophie, la méthode est définie comme la marche rationnelle de l'esprit vers la vérité. Le «*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*» d'ANDRÉ LALANDE définit *la méthode* notamment comme le «programme réglant d'avance une suite d'opérations à accomplir et signalant certains errements à éviter, en vue d'atteindre un résultat déterminé»¹. «L'idée de méthode est toujours celle d'une direction définissable et régulièrement suivie dans l'opération de l'esprit.»²

D'une manière générale, on peut dire qu'une méthode, c'est «une manière de conduire la pensée»³, «un ensemble de démarches raisonnées, suivies pour parvenir à un but»⁴.

Comme on le sait, «*méthode*» vient du grec *hodos*, le chemin. C'est le chemin à suivre pour arriver où l'on souhaite aller. La méthodologie juridique est l'étude du cheminement de la pensée juridique dans la résolution d'un problème de droit.

On me soumet un problème quelconque. Pour le résoudre, je vais devoir procéder à des opérations mentales et matérielles. J'agirai avec méthode si, après avoir *posé le problème*, je dresse la liste des *opérations à accomplir* et j'établis un *ordre d'accomplissement* de ces opérations qui me donne plus de chances de *résoudre ce problème sûrement et rapidement*.

Procéder avec méthode, c'est:

- 1° déterminer clairement l'objectif à atteindre;
- 2° établir la somme des opérations à accomplir et des matériaux et instruments à utiliser;
- 3° réaliser ces opérations dans un ordre raisonné.

¹ ANDRÉ LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 15^{ème} éd., Paris 1985, p. 624.

² M. BERNES, in: LALANDE (note 1), p. 624.

³ HENRI MOTULSKI, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris 1991, p. 4, n° 4.

⁴ Le Petit Robert, 1984.

5. Pourquoi procéder de la sorte?

En premier lieu, par souci d'économie. Celui qui procède sans méthode aboutit presque nécessairement à des gaspillages d'instruments, de matière, de temps, etc.

L'économie doit surtout porter sur le temps: lorsqu'un problème est posé, il faut le résoudre rapidement. Celui qui procède sans méthode met généralement beaucoup plus de temps qu'il n'est nécessaire et souhaitable pour résoudre un problème.

Il faut procéder avec méthode, en second lieu, pour accroître ses chances de résoudre le problème posé.

En matière de législation, il s'impose plus encore de résoudre correctement le problème. La raison en est qu'une loi mal faite est toujours à l'origine de procès, ce qui engendre des coûts financiers, et, plus gravement encore, psychologiques presque toujours considérables.

6. Une méthode est fonction du type de problème à résoudre. Il faut dès lors s'interroger sur *la manière dont se posent les problèmes juridiques*.

Les problèmes que les juristes rencontrent en pratique ont trait, en général, à son *application*. La question qui leur est posée est généralement soit de savoir quelles seront les conséquences en droit de faits réalisés ou de comportements qui ont été adoptés ou dont on projette l'adoption, soit de déterminer les faits à réaliser ou les comportements à adopter pour obtenir un résultat souhaité.

Dans l'application du droit, le juriste utilise donc le stock de règles existantes, stock fini au moment où il accomplit son travail.

Avec la Légistique, il est question, à l'inverse, des problèmes que soulève l'*élaboration* du droit. Dans ce cas, il s'agit de travailler sur le stock de règles existantes: en ajouter de nouvelles, en retrancher ou en modifier d'autres.

Évidemment, la solution des problèmes juridiques, tant dans l'application du droit que dans son élaboration exige *la connaissance du droit*.

7. S'agissant de l'élaboration du droit écrit, le chemin à suivre comprend schématiquement, à mon sens, deux étapes.

a) La *première étape* est celle de la confection de la loi, laquelle se fait elle-même en *deux temps*.

Dans le *premier temps*, il s'agit de la concevoir, d'en déterminer le contenu. En premier lieu, il faut déterminer le besoin législatif à satisfaire: quel est le problème social à résoudre? Quel est l'objectif visé? Il faut ensuite inventer les moyens de résoudre ledit problème ou d'atteindre ledit objectif à l'aide d'un énoncé – un texte de loi – qui oriente les comportements des citoyens.

Le *deuxième temps* est celui de la rédaction de la loi.

Il s'agit ici de donner forme à la norme. L'objectif est que les mots traduisent exactement la pensée du législateur et de son point de vue, et du point de vue de celui à qui la loi va s'adresser ou de celui qui va devoir l'appliquer.

b) La *deuxième étape* est celle de la communication de la loi. C'est celle du transfert de la loi du législateur aux citoyens, celle de sa «mise en commun».

8. La méthodologie est toutefois plus que la méthode⁵.

Par «*méthodologie*» j'entends l'étude des méthodes, avec tout ce qu'elle peut comporter: leur mise au point, leur justification, leur déontologie, etc. La méthodologie de la création du droit écrit est donc la science du cheminement de la pensée juridique en vue de l'élaboration de la loi.

Ne pourrait-on pas parler dès lors de *science de la législation*?

Législation vient du latin: *lex*, loi et *lata*, participe passé (*latus*) de *ferre*, porter, proposer (à vrai dire également «supporter»). La «législation» est donc l'ensemble des lois qui ont été portées, qui ont été prises. Très souvent, lorsque nous examinons une question juridique, nous parlons *de lege lata*, «à propos de (*de*) la loi (*lege*) qui a été prise (*lata*)»: notre discours porte sur le

⁵ «Si l'on en croit l'étymologie, cette discipline tient le discours (*logos*) qui va avec (*méta*) le chemin (*hodos*)[...]». (XAVIER DIJON, *Méthodologie juridique*, Bruxelles 1990, p. 1.)

droit positif, le droit en vigueur. Au sens étymologique des termes, c'est donc, en définitive, la science du droit positif. Or, dans le cadre de la méthodologie de la création du droit écrit, c'est de la loi qui est à *faire* – et non de celle qui a été prise – qu'il est question.

À ma connaissance, il n'existe pas de substantif pour exprimer ceci. Si l'on jugeait utile d'en inventer un, quel devrait-il être, en français?

Comme je viens de le dire, le verbe existe: *légi-férer*. Légiférer – du latin *lex*, loi et *ferre*, porter, proposer – légiférer, c'est donc étymologiquement «porter la loi». Par quel mot désigner l'activité consistant à «porter la loi». CARBONNIER parle de «l'art de porter les lois». Devrait-on dire la «légisfertation»? On risquerait de n'être pas compris d'emblée. Devrait-on plutôt construire le mot en partant du verbe latin «*facere*» qui est mieux connu: on dirait la «légisfaction»?

GÉRARD CORNU, quant à lui, suggère de ressusciter ici un nom ancien: *nomographie*. Il définit lui-même la nomographie comme la «science de l'écriture des lois»⁶. Encore une fois, on pourrait accepter l'expression, si l'on donnait à «écriture» un sens large. Aussi bien, je dirais plus volontiers, encore une fois pour évoquer le fait qu'il s'agit de plus que de l'écriture, la «nomopoiétique» – *poiéau*, faire. Mais le risque est plus grand encore de n'être pas compris d'emblée en l'utilisant.

J'avais songé également à «nomopoièse». Mais mon collègue PAUL WATHELET, professeur ordinaire à la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Liège, titulaire de la chaire de Langue, littérature et civilisation grecques, me «confirme que le terme de nomopoièse ne [lui] paraît guère convenir pour deux raisons: *poiéau* signifie sans doute *faire*, mais le terme implique plutôt une œuvre globale de la poésie et non un énoncé discursif. La poésie, c'est l'œuvre de créer dans une perspective qui relève plutôt de la pensée mythique; de surcroît, *nomopoiios* existe en grec ancien chez DIOGÈNE LAËRCE (3^{ème} s. ap. J.-C.), mais il signifie *celui qui compose des airs de musique*; *nomopoiios* désigne aussi un mode musical»⁷.

⁶ GÉRARD CORNU, *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd., Paris 2000, p. 41. Le mot vient, en effet, du grec: *nomos* – loi – et *grafein* – écrire. Toutefois, selon ANDRÉ LALANDE, la nomographie est la «méthode consistant à remplacer le calcul numérique par des constructions de figures» (LALANDE [note 1], p. 391).

⁷ PAUL WATHELET, Lettre du 27 mai 1997.

Mon collègue suggère plutôt *nomothesia*, qui désigne l'action de donner des lois ou, comme GÉRARD CORNU, *nomographia*, s'il s'agit de la rédaction des lois. Il ajoute que «le terme *nomographos qui rédige les lois* est bien attesté à l'époque classique, chez PLATON, puisqu'on le trouve dans le *Phèdre* 278 e». Et de conclure que «c'est ce terme qui devrait être le plus approprié»⁸.

En Belgique, les néerlandophones parlent de «wetgeving»: *geving* – l'action de «donner»; *wet* – la loi.

En français, on a l'habitude de parler de *légistique*. Malheureusement le mot est souvent confondu avec «légistique formelle». Selon LAMBOTTE, «la légistique formelle est la recherche de procédés, de règles et de formules, destinés à une rédaction correcte et à une meilleure appréhension des textes normatifs, et s'efforçant de parvenir à cette fin par l'harmonie, la clarté, et le rejet des différences non fondées»⁹. Or, encore une fois dans ma conception des choses, la méthodologie de la création du droit écrit envisage évidemment ces questions, mais elle en envisage également d'autres qui touchent notamment et, par exemple, au fond de la règle.

En définitive, «légistique» pourrait convenir si on voulait bien lui donner un sens large comme, par exemple, celui que lui attribue GÉRARD CORNU: «la science de la composition des lois»¹⁰. «Composition» est, en effet, plus riche qu'«écriture», car il évoque la réflexion, la conception, l'organisation de la pensée qui précèdent l'écriture.

9. Selon moi, la méthodologie est, comme toute science, la connaissance du *comment*. Mais à la différence des sciences dites «pures» – comme la physique, la chimie, la biologie – ce n'est pas la connaissance du «comment les choses sont-elles» ou «comment les choses se déroulent-elles», «selon *quelles lois*», mais la science du «comment faire pour que les choses soient telles qu'on veut qu'elles soient».

La méthodologie est la science du «comment faire pour». C'est la science du chemin – *hodos* – que la pensée – en l'espèce, la pensée juridique – doit suivre pour atteindre un objectif déterminé.

⁸ *Ibidem*.

⁹ CHRISTIAN LAMBOTTE, *Technique législative et Codification*, Bruxelles 1989, p. 10.

¹⁰ CORNU (note 6), p. 41.

Dans le domaine des sciences «pures», c'est l'étude du processus menant à la connaissance de ce que les choses sont *en soi* ou du comment elles se déroulent *en réalité*. Dans le cadre du droit, c'est l'étude du «chemin» à suivre pour connaître le droit en vigueur: méthodologie de l'invention – de la découverte – du droit, et donc de la recherche de la règle, recherche des documents dans lesquels elle est consignée (heuristique) ou recherche de son sens (herméneutique).

L'objectif peut toutefois être un résultat d'une autre nature que la connaissance de la réalité. La méthodologie est alors l'étude des opérations à accomplir pour obtenir ce résultat. Je veux être indemnisé d'un dommage que quelqu'un m'a causé. Je veux obtenir la propriété d'un immeuble déterminé. Comment faire pour gagner le procès? Comment faire pour rédiger un acte d'achat qui ne donne lieu à aucune contestation?

La méthodologie juridique dont il est question ici est, comme la médecine ou comme la «science» de l'ingénieur, une science appliquée. Toutes ces disciplines partent d'une connaissance de la réalité, c'est-à-dire des «lois» qui la régissent et qui font que les choses sont ce qu'elles sont et se déroulent comme elles se déroulent. Ces disciplines indiquent – autant que possible – ce qu'il faut faire pour atteindre l'objectif fixé, compte tenu des lois qui régissent les phénomènes physiques, chimiques, biologiques, physiologiques, etc.

Je serais donc tenté de dire, en d'autres termes, que la science – et, en ce sens, la philosophie serait une science – est la recherche du «pourquoi» (en un mot) des choses, tandis que la méthodologie utilise la connaissance de la réalité en vue d'atteindre ce «pour quoi» (en deux mots) une action est décidée.

10. L'objectif à atteindre n'est pas un élément de la réalité extérieure à celui qui le pose: il dépend d'une décision prise, en dernière analyse, par le médecin, l'ingénieur, le juriste qui applique le droit.

Certes l'objectif du scientifique «pur» – la connaissance de la vérité – n'est pas non plus un élément de la réalité. Il n'empêche qu'il existe une différence fondamentale entre les sciences fondamentales et les sciences appliquées: les premières ont comme objectif de savoir ce qu'est la réalité – leur objectif est la connaissance de ce qui est –, tandis que les secondes exploitent

la connaissance de la réalité pour arriver à une fin qui n'est pas la connaissance de la réalité – leur objectif est l'action sur la réalité.

Il en résulte qu'à partir du moment où on veut faire de la science pure, c'est que l'on s'est entendu sur l'objectif «recherche de la vérité». Tout le débat porte alors sur les conditions à respecter pour la découvrir; c'est l'objet, par exemple, du Discours de la Méthode de DESCARTES¹¹; il faudra s'entendre sur l'admissibilité des preuves et leur force probante, ce qui, soit dit en passant, ne sera pas exempt d'une décision qui, comme toute décision, en soi, dans l'acception commune du terme, n'est pas scientifique.

Dans le cadre des sciences appliquées, la discussion doit porter d'abord sur l'objectif à atteindre et les conditions dans lesquelles on veut l'atteindre. Une fois cet objectif fixé – qui est un résultat autre que la connaissance de la réalité – et fixées les conditions dans lesquelles on veut l'atteindre, on utilise la connaissance qu'on a de la réalité et des «lois» qui la régissent pour atteindre le but que l'on s'est fixé.

11. Traduisons ceci dans le cadre de la méthodologie de la création du droit écrit ou légistique au sens le plus ample du terme.

La méthodologie de la création du droit écrit n'est pas une science «pure». Son objectif n'est pas la recherche de la vérité; son but n'est pas de savoir comment *en fait* s'élabore le droit écrit, sous l'influence de quels facteurs se réalise la production de la loi, etc.

Elle utilise cette connaissance, mais également d'autres connaissances – dont évidemment celle du droit positif – pour dire *comment faire pour élaborer la loi*. Et elle ne peut le dire qu'après que s'est clos un premier débat sur l'objectif à atteindre.

Cet objectif, forcément, n'est pas de l'ordre de la réalité, car il n'y a pas d'objectif nécessaire. Cet objectif est de l'ordre de la décision et relève donc de celui qui a le pouvoir d'adopter la loi, c'est-à-dire le Pouvoir normatif. Il ne relève en aucun cas du légiste, mais le légiste ne peut pas accomplir son travail, s'il ne le connaît pas et donc, s'il n'a pas au préalable été défini.

¹¹ RENÉ DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris 1951. Voir, par exemple, page 45, en quels quatre principes tient sa méthode de recherche de la vérité.

Cet objectif se situe à deux niveaux de généralité: quel objectif poursuit-on à travers l'adoption d'une loi quelconque? Et quel objectif poursuit-on à travers l'adoption d'une loi déterminée?

12. En ce qui concerne *le premier type d'objectif*, on ne peut pas exclure que dans certains cas, il soit, pour le législateur, uniquement de faire valoir son pouvoir. On ne peut pas exclure non plus qu'il soit parfois de mettre fin à un conflit.

Sans que l'on puisse inférer de ce qui suit un quelconque jugement de valeur porté sur ces deux objectifs, je n'envisagerai que l'hypothèse où le législateur veut faire une loi qui amène les citoyens auxquels elle sera adressée à agir selon sa volonté en vue d'atteindre un objectif politique (au sens le plus noble du terme) autre qu'un des objectifs dont il vient d'être question. Autrement dit, j'envisagerai exclusivement le cas où le législateur veut par la loi orienter les comportements des citoyens, en vue d'un progrès supposé de la société qu'il a à régir. Pourquoi? Parce que ce cas est vraisemblablement le plus fréquent.

La méthodologie de la création du droit écrit – la légistique, telle que je la conçois – doit donc chercher à déterminer les conditions dans lesquelles une loi doit être élaborée pour qu'effectivement les citoyens se comportent de la manière voulue par le législateur. Dès lors, la fonction de légiste, dans ma conception des choses, est d'exploiter pour chaque loi la connaissance de ces conditions abstraitement déterminées.

13. Quant au *deuxième type d'objectif* – l'objectif précis poursuivi à travers l'adoption d'une loi déterminée – la légistique n'a évidemment rien à dire non plus. Elle a seulement à déterminer les opérations mentales ou matérielles nécessaires pour l'élaboration d'une loi qui a pour effet de produire le résultat précis voulu par le législateur.

14. Les choses étant toujours, pour l'instant, envisagées de manière générale – pour toutes les lois –, le vœu du législateur ici pris en considération est *que les citoyens agissent comme il le souhaite*.

Posée d'une manière tout à fait abstraite, la question est dès lors de l'ordre des facteurs du comportement. La question est: comment composer la loi

pour qu'elle soit effectivement un facteur du comportement des citoyens – comment confectionner la loi pour qu'elle soit d'abord *effective*, c'est-à-dire qu'elle ait des effets, qu'elle pèse sur le comportement des citoyens, que ceux-ci soient influencés par elle dans leur manière d'agir – mais plus encore et surtout: comment confectionner la loi de manière à ce qu'elle soit *efficace*, c'est-à-dire qu'elle ait, ni plus, ni moins, les effets voulus par le législateur, c'est-à-dire qu'elle amène les citoyens à se comporter exactement de la manière voulue par lui.

15. À ce niveau d'abstraction, on voit mal le problème de conscience qui pourrait se poser au légiste, si du moins on envisage une loi qui a été prise selon toutes les règles démocratiques et si ledit légiste adhère aux valeurs de la démocratie.

On voit mieux qu'un *problème moral* pourrait se poser à lui dans la confection d'une loi déterminée.

Déjà le scientifique «pur» se le pose: est-ce que la recherche de la vérité est toujours bonne en soi? Pour pouvoir répondre à une telle question, il faudrait que nous ayons la science du bien et du mal, si elle existe, et donc qu'existent un bien et un mal *absolus*.

Ce problème de conscience se pose de manière apparemment plus épineuse – en réalité, il est semblable – pour celui qui fait de la science appliquée, parce qu'il doit décider de mettre sa science au service d'un objectif qui, de manière plus évidente encore, apparaît comme étant le fruit d'une décision. Or il se peut qu'il réprouve cet objectif.

Dans les deux cas, l'objection de conscience devrait pouvoir être soulevée.

Il devrait donc en être de même pour le légiste.

16. Soulignons qu'à l'inverse le légiste ne pourrait pas, à la faveur de son intervention dans la confection de la loi, modifier un tant soit peu l'objectif du législateur: ce serait, de sa part, une grave faute déontologique.

C'est un problème qui ne surgirait pas – ou en tout cas, surgirait moins – si la légistique était cantonnée à des questions de pure forme. Mais on a

compris que j'envisage de manière beaucoup plus ample la fonction de légiste.

Très souvent, la légistique est conçue comme ne devant s'occuper que de questions de *rédaction au sens étroit* du terme: questions de grammaire, de style, de vocabulaire, de correction du langage, de structure des textes. Bien entendu, les légistes tels que je les conçois doivent accomplir cette tâche.

Mais, à mon sens, le légiste devrait s'intéresser également au *contenu de la loi*. J'ai déjà laissé entendre ce que «contenu de la loi» veut dire pour moi: le comportement imposé ou interdit par elle, l'institution créée par la règle, le contrat organisé par la norme, la procédure instaurée pour le déroulement d'un procès, etc., et, bien entendu, la sanction prévue en cas de violation de la loi, bref, ce que l'on a coutume d'appeler «la volonté du législateur». Selon moi, le légiste ne devrait pas seulement être l'homme de *la forme*: il devrait être à même de conseiller également le législateur auquel il est attaché sur le plan du *fond* de la norme.

Et comme le contenu de la norme est fonction de l'objectif poursuivi, il devrait également aider le législateur à formuler clairement son *objectif*, à apprécier la mesure dans laquelle il est réalisable – ce que l'on appelle aujourd'hui la «faisabilité», notamment sur le plan financier –, à faire apparaître les articulations entre cet objectif et d'autres objectifs du même législateur ou les objectifs des législateurs auxquels il est subordonné, etc.

17. *A priori*, une telle suggestion a de quoi heurter: dans nos régimes de démocratie parlementaire, la loi n'est-elle pas, spécialement sur le plan du contenu de la norme, le domaine inaliénable de la souveraineté législative? Ne va-t-il pas de soi que sa confection, spécialement ce qui touche à son contenu, ne peut pas être abandonnée à des techniciens, aussi compétents soient-ils?

Loin de moi, pourtant, l'idée de vouloir passer de la démocratie à la technocratie. Que ce soit sur le plan de la forme et *a fortiori* sur le plan du fond de la règle, dans mon esprit, le légiste ne pourra jamais être que *le conseil du Pouvoir normatif*: à tous les moments du processus législatif, la décision devra toujours appartenir au Pouvoir normatif.

Celui-ci devra donc toujours détenir la clé de la mise en marche dudit processus: c'est à lui qu'il appartiendra de décider s'il y a lieu de faire une loi. Et au terme du processus, c'est toujours au Législateur qu'il reviendra d'adopter ou non la loi en projet. C'est donc entre ces deux moments que se déroulera le travail du légiste, sans pour autant – au contraire – exclure toute intervention du législateur entre-temps.

18. Aussi bien, un des éléments essentiels de la déontologie desdits légistes devra être, selon moi, outre celui que j'ai déjà dit, *la confidentialité* qu'ils devront garder sur les avis et conseils qui seront sollicités d'eux.

Pour dire en un mot ce que devrait être le travail du légiste tel que je le conçois et la manière dont il devrait le réaliser, je ne pourrais mieux faire que d'évoquer le travail d'un notaire – la force particulière attachée aux actes de celui-ci en moins, bien entendu. Comme le notaire, le légiste devrait exploiter les connaissances de divers ordres nécessaires pour conseiller le législateur sur le résultat par lui souhaité (la réalisation de l'objectif poursuivi), les moyens de l'obtenir et l'expression de sa volonté. Comme le notaire, le légiste devrait accomplir sa mission dans le respect de la plus stricte confidentialité et de manière à toujours laisser la maîtrise de l'acte à son auteur, après l'avoir éclairé.

19. Dans quel esprit doit être pratiquée la légistique?

D'abord, sans prétention démesurée.

Posons à nouveau de manière générale le problème à résoudre: il s'agit de déterminer les conditions de confection d'une loi efficace et de composer la loi en se pliant à ces conditions, le tout dans le respect du principe démocratique fondamental.

Or il faut, au départ, compter avec la relative «impuissance des lois».

C'est CRUET qui a parlé de l'impuissance des lois. Effectivement, les lois ne peuvent pas tout. Le légiste doit en être conscient et il doit faire prendre conscience au législateur de *la radicale impuissance des lois* pour atteindre *certaines objectifs*.

Pour bien faire, dans chaque cas, il doit donc, d'abord et avant tout, se demander si, compte tenu de l'objectif précis à atteindre, une loi *peut* être efficace.

On écarte, bien sûr, l'hypothèse où l'objectif est impossible à atteindre, que ce soit pour des raisons budgétaires, économiques, sociologiques, psychologiques, voire matérielles, même s'il ne s'agit pas d'une impossibilité radicale. On ne retient que l'hypothèse où *l'objectif n'est pas déraisonnable* compte tenu des contraintes.

Bien entendu, libre au législateur de maintenir son objectif et de demander au légiste de lui préparer néanmoins une loi en vue d'obtenir ce résultat. Mais avant de s'exécuter, le légiste doit encore éclairer le législateur sur le caractère néfaste de l'adoption de lois inefficaces: il en résulte une perte d'autorité de la loi et comme l'efficacité des lois dépend dans une certaine mesure de l'autorité de la loi, il en résulte dès lors une perte globale d'efficacité de la législation.

C'est ce qu'on pourrait appeler *le réalisme légistique*: le légiste doit le pratiquer systématiquement.

Encore doit-il le pratiquer avec exactitude. Pour ce faire, il lui faut prendre conscience de la nature des contraintes.

Sans doute celui qui a dit qu'«impossible n'est pas français» a-t-il exagéré. C'est que très souvent l'impossibilité prétendue est fonction d'une contrainte qui résulte elle-même d'une décision – souvent collective; il suffit donc de supprimer cette contrainte pour que la chose devienne possible.

Je ne veux pas dire que tout est possible. Je veux faire observer que nombre d'impossibilités résultent d'un obstacle que nous avons posé nous-mêmes ou que le Pouvoir a posé lui-même.

Le tout, pour le légiste, est donc de peser la force de cette décision ou la force de la résistance au changement: connaître la loi de l'inertie appliquée aux relations sociales – et mesurer la capacité ou l'incapacité du moment du Pouvoir de changer les choses – de lever les obstacles, c'est-à-dire très souvent de modifier la décision dont ces obstacles sont faits.

Quelqu'un d'autre a dit – dans un autre domaine – que la foi peut soulever des montagnes. Évidemment, c'était dit dans un langage sémitique où,

pour se faire comprendre, on dit les choses en grossissant les traits. Il faudrait traduire: la volonté politique peut beaucoup plus qu'on ne croit. C'est donc par rapport à cette volonté que le légiste devrait pouvoir dire si la loi peut être efficace.

20. Ensuite, il s'impose d'aborder le sujet avec infiniment de *modestie*.

La création d'une loi présente des difficultés extrêmes. En outre, les solutions sont loin d'être évidentes. En dresser parfaitement la problématique est déjà beaucoup. Pour le reste, il faut être conscient de ce qu'il n'est pas toujours possible de faire plus et mieux que de suggérer des pistes de réflexion ou des ébauches de solution.

Pour faire «démarrer» la légistique, il est préférable, à mon sens, de s'exercer sur des objectifs qui ne sont ni trop élevés, ni trop politiquement ou psychologiquement sensibles; il est préférable d'adopter des objectifs plus limités, qui font l'unanimité (ou presque).

Au reste, comme le disait PORTALIS: «il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative»¹².

¹² JEAN ETIENNE MARIE PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, tome I, Bordeaux 1999, p. 154-155.

THE OBLIGATION TO EVALUATE THE EFFECTS OF LAWS ON THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ULRICH KARPEN

Professeur à l'Université de Hambourg

Introduction

Part I: Evaluation of Laws

1. Budget squeeze, neoliberal philosophy of the «slim state» as reasons for the purpose and estimation of effectiveness and efficiency of norms.
2. Evaluation: The use of social science – methods for the purposes and estimation of effectiveness and efficiency of norms
effectiveness: conformity of implementation with intent of legislator
efficiency: good cost-effect-relation, production of maximum effects with given costs or production of a prefixed goal at minimum costs
3. Ex-ante-concurrent – ex-post-evaluation
4. Costs in the economic stratum, in bureaucracy, effects for the citizen
5. Overview of methods and instruments of evaluation

Part II: Effects of Laws on the Exercise of Fundamental Rights

1. Sources of fundamental rights: universal, regional, national.
2. Perspective of fundamental rights: participatory rights, defensive rights, welfare rights, objective institutions of social and political life.
3. Indicative, influential, imperative conduct and effects in the basic rights domain.

Part III: Constitutional Safeguards for the Protection of Fundamental Rights

1. Democratic principle requires statutory laws to regulate fundamental rights. Participation of the addressees and experts in the legislative process.
2. Rule-of-Law-principle requires a legitimate, transparent, acceptable purpose of the law.
3. The law must never interfere with the core of fundamental rights. The law must stand the proportionality test.
4. Access to courts, establishment of a constitutional court.
5. Outlook

Introduction

The aim of all legislative work is to produce relatively good laws. Because to produce absolutely good laws means to reach justice and justice is an ideal. We strive for it but we never reach it.

The diagnosis of the current states of art of legislation shows that we are far away from that ideal:

First of all we suffer from too many laws, from the quantity of norms, the proliferation of laws, which provokes a lack of transparency. People do not know the law.

Secondly we produce nothing less than perfect laws. We suffer from an insufficient quality of norms, from poor style, technical deficiencies, from errors in systematic order of the body of law.

This rather sceptical diagnosis is based on three observations:

- there are developments of society and state organisation of law making
- and constitutional issues
- and the organization of law making

which bar good intents to produce relatively good laws.

To start with the first argument:

As far as our modern societies and states are concerned it is the development of the welfare state, the development of science, technology and ecology which require regulation. All together it is the accelerated development of social and economic life which causes overregulation and a flood of laws.

Secondly the organisation of law making is not in favour of relatively good laws. Laws are less the result of clear decision of few legislators (committees, parliament, ministers) but rather the products of transaction between a great number of extraparliamentary participants. Laws are compromises of interests, coalitions, pluralistic powers.

Finally there are constitutional problems. Courts are detailing the law encouraging the legislator to amend. This is the problem of horizontal separation of powers: legislative, executive and judiciary.

And there is a complex overlapping of central and decentralised legislators: a vertical separation of powers.

In addition there is the established doctrine that according to the rule of law state and democracy principle, a statutory law, as enacted by parliament, is required for most state actions in order to protect fundamental rights. This principle is clearly laid down in Art. 19 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany: «Insofar as the fundamental right may, under the Basic Law, be restricted by or pursuant to a statute, such statutes shall apply generally and not solely to an individual case. Furthermore, such statutes shall name the Basic Right, indicating the Article concerned».

This principle of «Legality of state action» is the motor of legislation in view of the modern «active state».

In fact the diagnosis is: we have too many laws and deficits in the quality of norms. This diagnosis has three consequences:

First of all there is too little transparency of the law. The chance to know the law is limited. As an example: The average citizen in Germany has to obey 3.000 statutes, 8.000 pieces of delegated law, altogether some 85.000 paragraphs.

This untransparent and superfluous body of laws causes insufficient application of the law. There is less chance for the state to control the application, whether business, the bureaucracy and the people really follow. And finally – from the other perspective – there is less acceptance of the law, reduced willingness to follow.

If the consequences of the current situation are as such, the therapy can only be: less quantity, more quality of the law. We have to reduce the quantity and we have to improve the quality of the law.

We must curtail the number and complexity of laws, for instance by enacting framework laws, purposive provisions, orientation law.

We have to improve the legislative techniques by directives (like in Spain, Austria, Germany and other countries) by teaching drafting skills, by implementing special committees in ministries and parliament.

Thirdly, we have to improve the effectiveness and implementation of the law by evaluation, follow-up laws.

This is the reason why in the following one needs to look at evaluation of laws, particularly in view of the protection of fundamental rights.

I. Evaluation of Laws

Less quantity, more quality: This is the goal!

Legistics, as science of legislation, is dealing with contents of laws and the legislative process in ministries and the parliament for long. Only recently activities both in theory and practice have concentrated on implementation, efficiency and effectiveness of norms.

There are three reasons for these developments:

First of all the budget squeeze, which calls for more rational and cheaper law.

Second, the neoliberal philosophy of the «slim state», reinventing government as small government, the state as the agent for the essentials and not more.

Thirdly, the need to improve acceptance and to avoid evasion of laws.

What is evaluation?

Evaluation is the use of social science – methods for the prognosis and calculation of the effects of norms, namely the costs of laws.

Laws should be as effective and efficient as possible. They should stand the economic rationality test. They should reach a maximum, or an optimum.

What is effectiveness?

Effectiveness is the conformity of implementation with the intent of the legislator. The question is: does implementation meet in reality what the legislator wants to happen?

And what is efficiency?

The question is: does the law work on a good cost-effect-relation. Does the law produce maximum effects with given costs or does it produce a prescribed product with minimum costs?

The question whether norms achieve in fact what they intend to regulate seems to be of very high interest. Evaluation is the fastest growing subdiscipline of legislation, where economists, psychologists, sociologists and legal experts cooperate successfully. No doubt that effectiveness of law requires high quality of the legal rule and a reliable ascertainment of its implementation.

Evaluation of laws may be:

- Prognosis of costs: ex ante evaluation,
- and concurrent judgement of costs tries to optimize effects in the process of legislation,
- and evaluation may finally be control of costs after implementation: ex post evaluation.

A comprehensive ex ante evaluation of effects of legislation is ambitious, almost impossible. A more limited evaluation of financial effects of legislation is possible and becomes standard in Western European Countries and the US.

Ex ante evaluation tries to take in account the costs of the law for the implementation in enterprises and the bureaucracy and the costs for the citizen, the individual.

Suggestions for measures to ensure effective implementation and instruments which are already applied are so numerous that a résumé can mention only some of them, for example:

- law models and simulation of laws prior to enacting, in vivo and in vitro-test
- hearings
- enquiries
- ombudsman
- check-lists for good drafting
- revision, consolidation of law
- sunset legislation

Most voices are optimistic in view of a sound evaluation, but there are pessimistic ones, like a Swiss opinion: «Preparatory games are not useful: life is much too complex». To give an interesting example: Why do French speaking Swiss obey the obligation to use the safety belt in cars less carefully than their German speaking country fellows? The statute is the same in both regions, it is, however, applied differently.

II. Fundamental Rights

The topic is in particular: Evaluation in view of Fundamental Rights. Which Fundamental Rights do we mean? In fact there are four categories.

1. First of all we mean the universal international body of fundamental rights, like in the Universal Declaration of Human Rights adopted by the General Assembly of the United Nations of the 10th December 1948.

The International Covenant on Civil and Political Rights of December 16th, 1966, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of December 19th, 1966.

The International Agreements against Race Discrimination of March 7th, 1966, the Agreements against Slavery for Refugees, Stateless Persons, against Torture, Discrimination of Women, and so forth.

2. Secondly there are the Fundamental Rights of regional organisations, like the African Charter on Human and Peoples Rights of June 27th, 1981 of the Organization of African Unity;
or the American Convention on Human Rights of November 22nd, 1969 of the Organization of American States;
or the Cairo Declaration on Human Rights in Islam of August 5th, 1990,
or the European Convention on Human Rights of November 4th, 1950 of the Council of Europe;
or the Organization on Security and Cooperation in Europe (Helsinki) especially the 1989 Vienna Concluding Document;
or the Fundamental Rights in the Treaty of Rome and the Decisions of the Court of the European Union in Luxembourg.
3. The Fundamental Rights in the National Constitutions.
4. in federated states more fundamental rights are laid down in the State Constitutions.

Evaluation of law drafts and laws has to take into account fundamental rights in four perspectives.

1. Fundamental rights as participatory rights, namely political rights
the right to vote,
the right to petition,
and freedom of speech.

They constitute democracy. In fact by some steps of representation the citizens are the legislator, parliament only their representatives.

2. Fundamental rights as defensive rights, fundamental rights in a «negative» (defending) perspective
 - «man versus the state».
 - property rights

- freedom of vocation, profession
- freedom of speech and faith, conscience, creed
- freedom of assembly

Fundamental rights in this notion are barriers to shield the individual from illegitimate invasion in his/her rights.

3. Fundamental rights have a «positive» perspective. Some fundamental rights are rights to enjoy state offerings, claim state services. They may be sharing rights:
 - rights to basic welfare; e.g. the state has to guarantee that nobody dies by starving
 - right to education
 - right to be protected by security forces
 - rights to receive information by broadcasting and press

The notion of this positive perspective of fundamental rights is: It is no longer at government's grace that you share these goods, but as a citizen you are entitled, because you pay taxes and – even if you don't pay – you are a human being and a citizen.

4. All these fundamental rights – participation, negative, positive notion – have been demonstrated from the individual's perspective, subjectively. But they have an objective facet. They are social, political, constitutional institutions and constitute the structure of state and society.
 - Freedom of speech and opinion is essential for a liberal, pluralistic state. Freedom of speech is the basis for an open society and democracy: tell me to what extent you enjoy freedom of speech and I'll tell you to what extent you are living in a free state.
 - Freedom of faith and creed is the indispensable basis for a neutral distanced state. A neutral state has no religion, no ideology. These things are important but to be left to the individual.
 - Freedom of profession, property rights, characterize the economic order of a state: e.g. market economy vs. state controlled economy.
 - It is obvious that fundamental rights in this objective, institutional sense are important values for the individual and the self-understanding of the state.

The body of fundamental rights characterises society, the civil society as different from state and government. In the democratic rule of law state which

is imprinted by fundamental rights, government actions in principle are limited, whereas the sphere of individual rights in principle is unlimited.

Each state action basically needs to be particularly, and in detail, legitimized by the constitution, which is the basic legal order of the state. And the main instruments of legitimation of state action are law and budget as enacted by parliament. Since the fundamental rights are the barrier of state action – fundamental rights as defensive rights – or the source of individual claims – fundamental rights as positive sharing rights –, the legislator in the process of drafting has to evaluate the impact of his product on fundamental rights.

Government by enacting laws wants to conduct human behaviour. Government may do that in different intensities:

- indicative
- influential
- imperative

and these measures, as chosen, may cause conflicts with fundamental rights in increasing depth.

1. The state may want to give information for individual behaviour. State agencies may want to steer by indication. They may warn, that law studies may be frustrating since there are too many lawyers on the market and no jobs. State agencies may encourage people to take early retirement since there is unemployment, state agencies may inform how to protect against AIDS-infection. They may indicate that consumption of bananas is healthy.

This form of indicative guidance does not interfere with fundamental rights. But very often, in order to give information the state needs to know. The state needs to collect data and collecting data may interfere with the individuals fundamental rights to decide him/herself, what he/she wants to let the state know. There is a basic right to data protection. Collecting information for tax laws may interfere with this fundamental right. It may be necessary to monitor telephone conversations to combat organized crime and drug traffic. This may interfere with fundamental rights to privacy. Exploring educational and professional priorities of people may be necessary for state planning of education and higher education. All these state actions require a statutory law which is enacted by

parliament, since they interfere with fundamental rights. To prepare statistics vital for information may mean to lay open data and secrets of business, enterprise, and trade, and require a legal mandate.

2. Government may want to go on one step further and influence people's behaviour. This may be influenced in a negative sense, for instance to reduce smoking, drinking, or air pollution by high taxes on tobacco, whisky, and cars.

Of course, a tax law infringes the fundamental rights of free exercise of profession, vocation, and property. This impact has to be evaluated in advance and needs approval by an act of parliament.

Influence may be sought in a positive sense. Government may encourage house building by subventions, education by scholarships, early retirement by state pensions.

These subventions enlarge the fundamental rights domain, increase individual freedom and thus do not require a statutory law as such, but – of course – a budget appropriation of parliament. The tricky problem – however – very often is the equality clause. Why to encourage house building, not flat-building, not farm house building? There must be a sufficient good reason for differentiation. Why to give scholarships to foreigners and not to nationals, to poor students and not to rich ones (and who is «poor», who ist «rich»)? There must be a sufficient good reason for differentiation. Why offer state pension to the 62-year-old people, not to the 59-year-old ones? There must be a good reason.

Enlarging the freedom of one person may curtail the freedom of others and thus a statutory law is needed and the legislator has to evaluate these conflicts in advance, in quality, intensity, extent.

3. Finally the state may want to conduct people in an imperative manner:
 - order to go to school
 - not to kill the neighbour
 - not to sit on the lawn
 - to pay taxes.

It is obvious that it is necessary to evaluate the effects in advance in the period of drafting and concomitantly in the parliamentary process and later on in the period of implementation of the law.

III. Constitutional Safeguards

There are constitutional safeguards to guarantee legislation which respects and protects fundamental rights as much as possible.

Again: The basic formula for governing in a democratic rule of law state is:

We enjoy our fundamental freedom not by government's grace and abridgement of our rights needs good reasons and legitimation by an act of parliament.

There are four instruments for protecting fundamental rights in the course of state action and they have to be taken into account in evaluation of regulation. The first one is based on democracy, the latter three on the rule of law state principle, which both are the cornerstones of the fundamental rights–democracy which is the essence of constitutionalism:

1. Democracy requires that abridgement of fundamental rights is admissible only by and in a statutory law, not in delegated law, not in administrative regulations or by-laws, namely norms of lower level in the hierarchy of law.
Furthermore it is advisable to let the addressees participate as much as possible in the process of legislation. This includes organizations, associations, all sorts of «vested interests».
Finally a law is – of course – decision, but as much as possible rationality. So it is advisable to let experts participate as much as possible in the process of evaluation of a draft.
2. The rule of law state principle requires that the law has to have a just and good and legitimate purpose. It must be plausible and acceptable and presented in a clear and unambiguous language.
3. Furthermore no law must interfere with the core of a fundamental right. It is often difficult to say clearly, what the intangible core is, what the peeling. But very often the proportionality test indicates the borderline. Abridgement of a fundamental right must not be more intensive than necessary to reach a legitimate goal. There is hardly to be found a case when it is necessary to extinct a fundamental right of a person.

4. Finally it is necessary to control state actions and evaluate *ex post*, whether government verses within the borderlines of democracy and rule of law to protect fundamental rights. This could be done by courts, namely administrative courts – for cases – and a constitutional court, which can evaluate the law as such – in general – and decide whether it is constitutional or fails to be so and consequently void.

Outlook

This paper presented some ideas of how protection of fundamental rights could and must be an essential factor of evaluation of legislation. The ideas are mainly traced down from the constitution and its basic principles. The constitution to a certain extent is an ideal and structure and – so to say – reason.

To obey reason is necessary, indispensable, but not all. One should recall a maxim of the Founding Fathers of the American Constitution:

«Let us be guided by experience because reason may mislead us».

LA FIN DES RÈGLES FIXES EN DROIT CIVIL

DOMINIQUE MANAÏ

Professeure à l'Université de Genève

L'un des apports majeurs de CHARLES-ALBERT MORAND à la réflexion juridique, c'est de prendre acte de l'ensemble des acquis de la philosophie du droit contemporaine pour interroger la modernité juridique dans son aspect le plus fondamental et le plus sensible, à savoir le rapport entre norme juridique et modélisation des pratiques sociales, ainsi que leur interaction.

Aussi l'analyse de la mutation juridique contemporaine est-elle sans conteste l'un des fils conducteurs de son parcours intellectuel. Il parvient à la conclusion que, de nos jours, le droit radicalise la modernité et la porte à son paroxysme; c'est pourquoi il le qualifie de «néo-moderne»¹.

C'est avec plaisir que nous tenterons de poursuivre la problématique de CHARLES-ALBERT MORAND dans le domaine du droit privé, exogène à ses préoccupations centrales. Ce n'est pas seulement un risque, mais aussi une mise à l'épreuve. En effet, nous prenons le risque d'étendre cette problématique au domaine privé et de puiser quelques concepts majeurs du droit des politiques publiques pour les mettre à l'épreuve du droit civil.

CHARLES-ALBERT MORAND ne nous en tiendra certainement pas rigueur, car il a démontré que la *summa divisio* de l'ordre juridique classique est, elle aussi, traversée par une logique d'hybridation où le public et le privé tendent de plus en plus à se mélanger².

Il s'agit néanmoins d'une véritable mise à l'épreuve, dans la mesure où la mutation juridique contemporaine ne peut pas nous faire oublier que le

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 189.

² MORAND (note 1), cf. notamment p. 37, p. 62.

droit privé est le droit le plus ancien, qu'il puise ses racines conceptuelles dans le droit romain et que sa structure normative légicentrique a permis à l'Ecole de l'Exégèse de marquer la pensée moderne, de modéliser juridiquement le courant positiviste et de valoriser le syllogisme comme mode de raisonnement lors de l'application du droit.

Aussi l'interrogation sur l'identité contemporaine du droit privé constitue-t-elle bel et bien une prise de risque!

C'est en ces termes que CHARLES-ALBERT MORAND caractérise la genèse d'un «nouveau paradigme juridique» dans la société contemporaine: «En descendant de son piédestal et en cherchant à pénétrer profondément dans les rapports sociaux pour orienter les comportements, le droit s'est radicalement écarté du modèle déterministe et mécaniste qui le sous-tendait. Il change d'allure, devient plus flexible, plus flou, plus complexe et beaucoup moins prévisible»³.

Le juriste qui réfléchit sur la forme juridique ne peut pas manquer d'être dubitatif et inquiet en lisant une telle affirmation, dans la mesure où la prévisibilité du droit est une garantie contre l'arbitraire, une protection des droits fondamentaux, et où la généralité de la loi renvoie à la légitimation de l'Etat de droit démocratique.

Quels sont donc les enjeux de ce nouveau paradigme juridique?

La mutation est radicale: alors que le droit moderne procède à l'aide de règles fixes générales et abstraites, qui se suffisent à elles-mêmes et qui s'imposent d'elles-mêmes, applicables selon un raisonnement syllogistique qui conforte le principe de la séparation des pouvoirs, et cadre de très loin les activités humaines sans prendre en compte la spécificité des activités réglementées, le droit néo-moderne, interventionniste, renonce à la généralité de la loi et à sa capacité de prévisibilité pour renforcer son aptitude à agir plus profondément sur une réalité sociale complexe et toujours mouvante. Pour ce faire, le système juridique recourt fréquemment aux principes directeurs qui, en raison de leur grande généralité, présentent la spécificité de coiffer les activités tout en permettant de les saisir dans leur particularité. La décision ne résulte alors pas d'un raisonnement linéaire et déductif; il s'agit plutôt

³ MORAND (note 1), p. 189.

d'une décision complexe, prise selon une logique non-standard et à la suite d'une pesée des intérêts concrète et non reproductible car adaptée à chaque cas d'espèce.

Nous nous proposons d'examiner les contours de ce nouveau paradigme dans l'espace du droit civil ainsi que les implications de cette mutation sur une notion juridique fondamentale en droit privé: l'intérêt de l'enfant.

Cette notion nous apparaît problématique pour au moins trois raisons:

a) avec ce concept, le juriste est confronté à la perte de la densité normative traditionnelle; b) le droit cesse de véhiculer des valeurs uniformes pour tous; c) cette notion exprime par elle-même l'hybridation des concepts juridiques et la porosité des frontières entre les normes juridiques et non juridiques.

I. Le flou du droit civil

Le flou du droit⁴ contemporain est total : il affecte aussi bien les prises de décisions que les contours du droit lui-même⁵.

Avec une loi générale et abstraite, le droit moderne présentait l'avantage de garantir à chacun un traitement égal et d'assurer autant la prévisibilité que la sécurité du droit. Il exprimait sur le plan juridique la conception d'un Etat démocratique, où le droit se découpe en deux phases bien distinctes: une phase politique et démocratique où s'exprime la volonté générale et une phase purement juridique et technique où le droit est simplement appliqué grâce à l'utilisation du raisonnement syllogistique.

Les règles du droit néo-moderne sont, il est vrai, de plus en plus indéterminées. La mise en œuvre d'un droit flou devient problématique et le processus de la prise de décision juridique encore plus complexe.

Dès lors, la fin des règles fixes implique le recours à des principes directeurs dont l'application dépend de l'appréciation de l'autorité compétente. En effet, ces principes directeurs ne prédéterminent pas la solution du cas d'espèce. Ils fournissent des orientations et la décision résulte de la pesée des

⁴ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris 1986.

⁵ MORAND (note 1), p. 197.

intérêts en présence. Aussi le droit néo-moderne est-il un droit relationnel, concret, conflictuel et surtout imprévisible, puisqu'il dépend de la prise en compte des valeurs dissemblables, voire divergentes dans chaque cas d'espèce⁶.

Notre analyse nous autorise à constater que le droit civil n'échappe pas à ce phénomène juridique néo-moderne de flexibilité. En droit privé, le législateur recourt abondamment aux notions floues. Celles-ci présentent la spécificité d'être à la fois indéterminées et neutres, dans la mesure où elles ne véhiculent aucune connotation fautive ou culpabilisante⁷. Mais cette teneur indécise du droit ne semble pas être un recul de la norme juridique; au contraire, elle manifeste une ouverture à d'autres systèmes de normes aussi bien juridiques, telles les normes internationales, qu'extra-juridiques, telles les normes sociales ou psychologiques. Cette ouverture permet certes au droit d'être plus présent et de prendre en compte la variabilité des situations concrètes; elle rend néanmoins imprévisible la norme civile.

Dès lors, le juge n'est plus en mesure de trouver directement la solution dans la disposition légale. Il ne peut se limiter à procéder à la subsumption du cas particulier dans la norme de référence. Mais son raisonnement n'est pas pour autant exclusivement pragmatique et inductif. Le juge néo-moderne se prête à une pesée des intérêts. Et celle-ci n'est pas réductible à un bilan ou un calcul objectif. De déductive qu'elle était, la décision judiciaire devient complexe.

CHARLES-ALBERT MORAND a eu l'occasion de proposer une méthodologie de la pesée des intérêts⁸. Réduite à l'essentiel, elle consiste en: a) une prise en compte de toutes les valeurs juridiques en jeu; b) une pondération des intérêts en se référant à des préférences abstraites et concrètes exprimées par divers principes juridiques; c) une pesée globale des intérêts qui aboutit à déceler la

⁶ CHARLES-ALBERT MORAND, «La fin des règles fixes», *Revue européenne des sciences sociales*, Genève 1996, t. XXXIV, n° 104, p. 195-205.

⁷ SANDRINE FREMEAUX souligne que «le terme notion floue évoque ces deux significations en tant qu'il dérive du latin *flocus*, flocon de laine, d'où il suit l'idée de légèreté, et *flaveo*, fané, d'où il résulte l'idée de contours imprécis», «Les notions indéterminées du droit de la famille», *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, Aix-en-Provence 1998, p. 865-880, p. 866.

⁸ CHARLES-ALBERT MORAND, «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», *De la constitution, Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT*, Bâle 1996, p. 57-75.

valeur la plus centrale dans le cas d'espèce. D'où l'importance, nous semble-t-il, de la motivation sur laquelle repose l'acceptabilité de la décision judiciaire, dans la mesure où elle ne résulte plus d'une simple déduction syllogistique. L'argumentation vise, en effet, à convaincre les intéressés de la pertinence de la solution eu égard aussi bien aux exigences de la loi qu'aux conséquences de la décision.

II. L'intérêt de l'enfant, un concept révélateur d'un droit imprévisible et concret

L'intérêt de l'enfant⁹ est sans conteste une *notion floue et indéterminée*. Elle a été qualifiée de «formule magique», de «notion fuyante» ou de terme «mystérieux». Il est vrai qu'elle n'a aucun contenu prédéterminé par le législateur, qu'elle est telle une «grande boîte qu'il appartient aux juges de remplir»¹⁰ et qu'elle tisse ainsi un «voile d'ignorance sur les situations particulières»¹¹. Et pourtant elle est une norme fondamentale dans le droit civil. La référence à l'intérêt de l'enfant en tant que modèle de comportement poursuit une double finalité: elle constitue à la fois un critère neutre incitant le juge à examiner la situation du mineur et, en même temps, elle indique la finalité de l'intervention judiciaire dans les affaires familiales qui est la protection de l'enfant.

La notion d'intérêt de l'enfant n'est *pas nouvelle*. Lors de la révision du droit de l'adoption¹², puis celle du droit de la filiation¹³, les lignes directrices du législateur étaient déjà la sauvegarde de son bien¹⁴.

⁹ Nous tenons à remercier vivement FLORENCE OTTESEN, assistante au département de droit civil, pour sa relecture des parties de cette contribution qui se rapportent à l'intérêt de l'enfant.

¹⁰ MARIE-CLAIRE RIVIER, «Éléments de droit de la famille dans la convention sur les droits de l'enfant», *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille: actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994 organisées par le laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*, Paris 1996, p. 80.

¹¹ MORAND (note 1), p. 120.

¹² En 1972.

¹³ En 1976.

¹⁴ Voir également à ce sujet DANIEL STECK, «Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern», *AJP-PJA*, Lachen 1999, p. 1558 ss, p. 1558 *in fine* et 1559 *ab initio*.

Mais jusqu'à présent, il était question du bien de l'enfant compris dans le sens d'un *intérêt décidé par les autres*. L'analyse juridique nous indique que le bien de l'enfant, ce concept indéterminé, est *l'affaire des adultes* qui reconstituent le bien de l'enfant à travers leur appréciation des circonstances du cas d'espèce.

Il y a une dizaine d'années, on parlait de la *présomption* que le bien de l'enfant coïncide avec celui des père et mère, et donc il appartenait aux parents d'en décider. Et quand, par exception, cet intérêt s'opposait à celui des parents, c'était au juge d'arbitrer et de décider quel était l'intérêt de l'enfant¹⁵.

Loin du modèle des règles générales et abstraites prescrivant la juste conduite qui caractérisait le droit moderne¹⁶, la *maîtrise* de la détermination de l'intérêt de l'enfant en cas de litige appartient au *juge*. Aussi la norme n'est-elle plus donnée d'avance. Aucune loi ne peut définir *a priori* ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Il en découle que l'intervention judiciaire ne se caractérise plus, selon la logique légicentrique, par un rappel d'une loi préexistante et générale, mais plutôt par la détermination de ce qui, dans une situation d'anomie, peut valoir à titre de loi, la loi juridique se doublant de la loi symbolique pour réordonner les rapports familiaux. Le rôle du juge devient certes central, mais c'est précisément la loi qui le propulse sur le devant de la scène juridique.

Concept juridique hybride, la prise en compte de cet intérêt nécessite l'ouverture du droit aux sciences relatives à la connaissance de l'enfant ou aux enquêtes sociales. En réalité, il s'agit moins d'une ouverture que d'un élargissement des méthodes juridiques d'appréhension de la réalité¹⁷, dans la mesure où les éléments extra légaux sont interprétés et intégrés dans la logique judiciaire. Ils constituent un moyen, une aide pour cerner l'intérêt de l'enfant. Les frontières du droit demeurent bien marquées.

¹⁵ Voir à ce sujet CYRIL HEGNAUER, *Droit suisse de la filiation*, 4^{ème} éd., Berne 1998, par. 26.29 et 26.30; MARTIN STETTLER, *Droit civil VI/2, Les effets de la filiation*, Fribourg 1998, ch. 353 ss, 404 ss; DOMINIQUE MANAI, «Prendre les droits de l'enfant au sérieux: le nouveau droit du divorce», *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, RENATE PFISTER-LIECHTI (éd.), Berne 1999, p. 114 ss.

¹⁶ MORAND (note 1), p. 120.

¹⁷ MICHAEL KING/CATHERINE KRATZ, «La notion d'intérêt de l'enfant en droit: vecteur de coopération ou d'interférence?», *Droit et Société*, Paris 1992, n° 22, p. 607.

En effet, le juge n'est pas lié par les évaluations sociales, et encore moins par l'avis de l'enfant.

En cas de litige, c'est le juge qui décide et qui se pose en garant de l'intérêt de l'enfant¹⁸. Ce faisant, il rend une décision qui à la fois s'intègre dans la cohérence du système juridique et satisfait les attentes sociales face au développement de l'enfant. Avec la détermination de l'intérêt de l'enfant, le juge devient le pivot dont la mission n'est *pas seulement de réguler les faits* mais aussi *dire le droit* à partir de critères posés par la loi.

De nos jours, cette notion indéterminée n'est plus *une notion juridique vide* qui renvoie au savoir des travailleurs et experts sociaux ou aux psychologues. Le système juridique fournit des *principes directeurs* qui permettent de conférer un contenu à l'intérêt de l'enfant.

Les textes juridiques qui nous procurent des éléments pour cerner l'intérêt de l'enfant sont les suivants: sur le plan international, la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*¹⁹, entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997²⁰, ainsi que la *Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant*, adoptée par le Conseil de l'Europe le 25 janvier 1996, qui complète la Convention des Nations Unies et vise à accorder aux enfants des droits procéduraux pour faciliter l'exercice de leurs droits. Cette Convention européenne n'a pas encore été signée par la Suisse²¹.

Sur le plan national, il faut mentionner notre *Constitution* révisée, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000, qui contient une disposition spécifique²² garantissant la protection des enfants et des jeunes et les reconnaît explicitement comme titulaires de droits fondamentaux, ainsi que le *nouveau droit du divorce* qui confère des droits à l'enfant, notamment les droits d'être entendu et d'être représenté dans la procédure de divorce de ses parents²³.

¹⁸ C'est le principe de la *maxime d'office*, art. 133 al. 2 et 3, 145 CC. Voir aussi STECK (note 14), p. 1559, par. 3 a.

¹⁹ RS 0.107, ci-après CDE.

²⁰ Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il considère que l'art. 12 de cette convention peut être directement invoqué par les particuliers, ATF 124 III 90, 92.

²¹ En janvier 2001, cette convention a été signée par vingt et un pays et ratifiée par trois d'entre eux. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000.

²² Art. 11 Cst. féd.

²³ Art. 133 CC et 144 à 146 CC.

III. L'intérêt de l'enfant, un concept révélateur d'un droit à la fois relationnel et individualisé

Le droit a une *lecture* qui lui est propre de l'intérêt de l'enfant.

L'analyse juridique nous permet de déceler que cette notion *s'adresse aux adultes* pour leur rappeler leurs responsabilités face à un être vulnérable et qu'elle remplit ainsi plusieurs fonctions. L'intérêt de l'enfant nous apparaît comme une notion élastique qui dessine en creux les *devoirs des parents* à son égard. C'est en ce sens que HANS JONAS considère la responsabilité parentale comme l'archétype intemporel de toute responsabilité. Elle nous apprend à nous faire du souci pour autrui, à nous sentir personnellement interpellé par la précarité de la situation du mineur: «Le concept de responsabilité implique celui de devoir, pour commencer celui du devoir-être de quelque chose, ensuite celui du devoir-faire de quelqu'un en réponse à ce devoir-être [...] Le devoir-être immanent du nourrisson qu'il proclame avec chacun de ses souffles, devient le devoir-faire transitoire des autres»²⁴.

L'intérêt de l'enfant ne se confond *plus nécessairement* avec celui de la *famille*. Il n'est pas absorbé par elle; il peut avoir un intérêt divergent²⁵. Au sein même de la famille, il peut y avoir des intérêts contradictoires juridiquement protégés.

Cette notion rappelle que, à côté des droits que l'enfant possède du fait de sa naissance en tant que personne, il bénéficie de *droits spécifiques en tant qu'enfant* qui lui sont propres à titre de sujet de droit. Ce sont des droits que la conscience collective ressent comme indispensables au respect de l'enfant.

Ces droits établissent un «domaine réservé» pour l'enfant et constituent autant de limitations aux prérogatives parentales. Ils impliquent la reconnaissance de son altérité.

On pourrait dire qu'ils jouent le rôle d'avertisseurs très sensibles, qui sont prêts à se déclencher à la moindre transgression.

²⁴ HANS JONAS, *Le principe responsabilité*, Paris 1992, p. 180 et 185.

²⁵ Voir JEAN CARBONNIER, *Droit civil 2/La famille*, 20^{ème} éd., Paris 1999, L'enfant, le couple, p. 83, let. a.

Concept mouvant, l'intérêt de l'enfant n'équivaut pas à son intérêt du moment. Il s'agit de *l'intérêt de son avenir*, celui de devenir un être humain libre, autonome et responsable. L'enfance est un processus, un temps de l'existence humaine. Notion complexe, son intérêt n'est jamais donné immédiatement, puisque ni les parents ni l'enfant lui-même n'en sont porteurs; ce sont plutôt les conditions les plus favorables pour sa maturation.

L'intérêt de l'enfant ne signifie pas qu'il soit le seul intérêt en cause ni même qu'il doive toujours l'*emporter* sur ceux des adultes ou de la société. Il n'implique pas la négation de l'autorité parentale ni même que ses droits sont supérieurs à tous les autres. Au contraire, il permet de prescrire, voire d'imposer certaines mesures tout en évitant d'opposer directement parents et enfant. Il signifie la reconnaissance pour le mineur de droits égaux à ceux de tout autre humain. Il présuppose que le mineur n'est pas capable de se conduire selon son intérêt. Veiller à l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est compenser la position de faiblesse dans laquelle il se trouve. C'est pourquoi les parents sont les représentants légaux de l'enfant; ils exercent ses droits dans son intérêt.

Ainsi la loi se préoccupe-t-elle moins de définir un modèle normatif que de répondre à la diversité des situations de fait.

IV. La détermination de l'intérêt de l'enfant: une décision complexe

Le contenu normatif de cette notion est incontestablement en miettes. Loin de guider la pesée des intérêts en présence, elle la complexifie, car elle implique la détermination préalable et univoque de cet intérêt qui est déjà lui-même problématique. En effet, la flexibilité de l'intérêt de l'enfant implique la prise en considération d'un enchevêtrement de normes et de principes provenant de tissus normatifs très divers. Or, ces principes interviennent en interaction ou parfois en concurrence dans la situation particulière. D'où l'extrême complexité de la décision judiciaire.

Les paramètres que nous retenons pour déterminer l'intérêt de l'enfant sont aussi bien des standards internationaux qui fournissent des principes indiquant une orientation sans prescrire un comportement déterminé, que les

règles jurisprudentielles qui ressortent des précédents et même les normes extra-juridiques susceptibles d'aider la prise de décision.

Afin de parvenir à coordonner quelque peu cet enchevêtrement de normes, nous avons tenté d'en extraire des principes directeurs susceptibles d'éclairer l'intérêt de l'enfant. Notre analyse nous a permis d'en déceler trois :

- le principe de bienfaisance;
- le principe du respect de la personnalité de l'enfant;
- le principe d'autonomie.

A la suite de notre examen de la législation et des décisions judiciaires, il nous est loisible d'affirmer que l'intérêt de l'enfant cristallise ces trois principes et que, dans une situation concrète, c'est l'un ou l'autre de ces principes qui prédomine sans pourtant disparaître totalement.

A. Le principe de bienfaisance

Les adultes doivent agir selon le bien de l'enfant. En effet, leur relation à l'enfant est par nature dissymétrique. Les droits de l'enfant sont des droits-créances, en ce qu'ils obligent les parents prioritairement et secondairement l'Etat²⁶.

- Le bien de l'enfant est *pluridimensionnel* : il s'agit de son bien physique (santé, développement corporel), de son bien intellectuel (formation, intégration sociale), de son bien moral et affectif.
- L'intérêt de l'enfant formule d'abord une *norme de conduite* à l'attention des *parents*. Il consiste à assurer la protection de l'enfant par ses deux parents.

La Constitution énonce que les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement²⁷. La loi rappelle que la responsabilité d'assurer leur développement incombe aussi bien à leur père qu'à leur mère²⁸.

²⁶ DOMINIQUE YOUNG, *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant*, Villeneuve d'Ascq 1999, p. 341.

²⁷ Art. 11 al. 1 Cst. féd.

²⁸ Art. 302 CC, 18 par. 1 CDE.

L'intérêt de l'enfant est en principe d'avoir des *relations personnelles* avec ses deux parents²⁹; le nouveau droit du divorce l'a consacré comme un droit de l'enfant³⁰.

- Son intérêt est également axé sur son *éducation* qui renvoie aux responsabilités que les parents doivent assumer à son égard. Les parents ont un droit et un devoir d'éduquer l'enfant³¹. L'art. 27 par. 1 CDE reconnaît «le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social».

Il commande d'agir selon son bien et de favoriser le mieux possible son développement. Il s'agit d'un principe qui prend en considération la fragilité et la vulnérabilité de l'enfant. «Les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires [...]»³².

Mais le bien de l'enfant est *évolutif*, corrélativement à sa croissance. C'est ainsi que l'autorité parentale encadre la volonté du mineur, en particulier lorsqu'il est incapable d'exercer lui-même ses droits conformément à son intérêt³³.

Les responsabilités des adultes à son égard sont modulées par son *degré de maturité et sa propre capacité*. Les art. 410 et 411 CC (applicables par analogie) confèrent aux parents un droit de veto en rendant caduc un contrat qu'ils désapprouvent.

- L'intérêt de l'enfant joue aussi le rôle de *norme protectrice* légitimant l'intervention de l'autorité judiciaire dans la sphère privée. Néanmoins, cette intrusion dans la sphère privée n'est qu'un *ultime recours* dans l'intérêt de l'enfant. Il convient de rappeler que l'art. 13 Cst. féd. garantit le *droit au respect de la vie familiale*³⁴ et que la CDE stipule que l'enfant doit être protégé contre toute séparation arbitraire de ses parents. Elle prévoit que «les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident [...] que cette séparation est nécessaire dans

²⁹ Art. 9 CDE.

³⁰ Art. 133 al. 1 CC et 273 al. 1 CC.

³¹ Art. 18 par. 1 CDE.

³² Art. 301 CC.

³³ Voir l'art. 301 al. 1 CC «sous réserve de sa propre capacité» et l'art. 5 CDE.

³⁴ De même que l'art. 8 CDE.

l'intérêt supérieur de l'enfant»³⁵. Ainsi, le placement d'enfants ou la suppression du droit de garde constitue une *atteinte grave à ce droit constitutionnel*. Comme toute atteinte à un droit constitutionnel, la mesure ne doit, de surcroît, pas être disproportionnée.

C'est ainsi que l'invocation du bien de l'enfant est déterminante pour l'attribution de l'autorité parentale³⁶, pour l'adoption³⁷, pour accorder un droit de visite à un tiers³⁸, pour refuser ou retirer le droit de visite à l'un des parents³⁹, pour ordonner des mesures protectrices⁴⁰.

Toutefois, en matière d'adoption, la loi prévoit qu'il est possible de se dispenser du consentement du parent qui ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant⁴¹. Dans l'interprétation de cette disposition légale, le Tribunal fédéral a considéré que «l'intérêt de l'enfant n'est pas décisif quand il s'agit d'appliquer l'art. 265c ch. 2 CC. Néanmoins, il n'est pas possible d'en faire totalement abstraction dans de telles circonstances [...]»⁴². Face à un conflit d'intérêts entre celui de l'enfant à être adopté et celui du parent, le Tribunal fédéral a opté pour la protection de la personnalité de ce dernier, en retenant qu'il ne se soucie pas sérieusement de l'enfant non seulement lorsqu'il n'y a pas de liens vivants entre eux, mais encore lorsqu'il n'a fait aucun effort pour maintenir ces liens⁴³.

- La jurisprudence a concrétisé la notion d'intérêt de l'enfant en matière d'attribution de l'autorité parentale⁴⁴. Il s'agit de promouvoir le meilleur *épanouissement de l'enfant*, c'est-à-dire celui qui favorise le mieux son devenir adulte.

L'intérêt de l'enfant consiste à lui assurer des *conditions de vie stables*⁴⁵, à être pris en charge par un parent qui s'occupe de lui et l'élève *person-*

³⁵ Art. 9 CDE.

³⁶ Art. 133 al. 2 CC; 134 al. 1 CC; 298a CC.

³⁷ Art. 264 CC.

³⁸ Art. 274a CC.

³⁹ Art. 274 al. 2 CC.

⁴⁰ Art. 307 ss CC.

⁴¹ Art. 265c ch. 2 CC.

⁴² ATF 111 II 317, 324; ATF 113 II 381, 383 = JdT 1989 I 559, 560.

⁴³ ATF 111 II 317, 322; SJ 1986 p. 226, 230 s. Voir aussi à ce sujet HEGNAUER (note 15), par. 11.24, et DOMINIQUE MANAI, «La dispense de consentement en matière d'adoption: autonomie individuelle et contrôle social», *Déviante et société*, Genève 1990, p. 275 ss.

⁴⁴ ATF 117 II 353, 355 = JT 1994 I 183, 185.

⁴⁵ ATF 94 II 1, 5 = SJ 1968 p. 673, 679.

nellement⁴⁶, à prendre en compte la *nature de la relation parentale*, en particulier la faculté d'écoute de ses père et mère, la qualité des appuis éducatifs dont pourrait bénéficier l'un et l'autre parent de la part des membres de la communauté familiale⁴⁷, le maintien des liens d'affection de la *fratrie*⁴⁸.

En ce qui concerne le *changement de nom* pour de justes motifs⁴⁹, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était plus dans l'intérêt de l'enfant de prendre le nom du père à la place de celui de la mère en cas de concubinage de ses parents⁵⁰.

B. Le principe du respect de la personnalité de l'enfant

- L'intérêt de l'enfant vise avant tout le respect de sa *personnalité physique et psychique*, qui ne recouvre pas toujours l'intérêt du milieu social ou familial dans lequel il est appelé à vivre.

Dans le cadre du développement de sa personnalité, la jurisprudence a précisé que l'intérêt de l'enfant consiste à lui apprendre à faire face aux circonstances de la vie sur les plans physique, intellectuel, moral et affectif⁵¹. La CDE rappelle que l'éducation de l'enfant doit viser à le préparer à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre⁵².

- L'intérêt de l'enfant implique la reconnaissance de ses *aptitudes* spécifiques et le développement de ses *potentialités*.

L'art. 29 par. 1 let. a CDE précise que «l'éducation de l'enfant doit viser à favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques [...]».

⁴⁶ ATF 112 II 381, 382 = JT 1988 I 547, 548.

⁴⁷ ATF 111 II 225, 227 = JT 1988 I 232, 233-234.

⁴⁸ ATF 94 II 1, 3 = SJ 1968 p. 673, 677; SJ 1974 p. 135, 142.

⁴⁹ Art. 30 al. 1 CC.

⁵⁰ ATF 121 III 145, 148 = JT 1996 I 655, 658; ATF 124 III 401.

⁵¹ ATF 114 II 200, 202 = JT 1991 I 72, 73. Dans une décision récente, le TF a qualifié d'arbitraire toute inégalité de traitement entre un enfant né hors mariage et un enfant né durant le mariage de ses parents (jugement du 10.4.00, 5P.26/2000).

⁵² Art. 29 par. 1 let. d CDE.

Les parents doivent lui accorder «la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes»⁵³.

Dans le cadre de leurs tâches éducatives, les parents doivent donner à l'enfant une formation correspondant «à ses goûts et à ses aptitudes»⁵⁴. Par ailleurs, le législateur invite à tenir compte des «besoins de l'enfant» pour fixer la contribution d'entretien qui lui est due⁵⁵.

- La personnalité de l'enfant doit être respectée dans toutes ses dimensions, en particulier dans sa *dimension identitaire*: l'intérêt de l'enfant consiste à *connaître ses parents*⁵⁶. En Suisse, l'enfant a le droit de connaître ses parents génétiques. C'est ainsi qu'en cas de procréation artificielle hétérologue, la loi sur la procréation médicalement assistée reconnaît un droit exclusif de l'enfant à connaître l'identité du donneur⁵⁷.

C'est cette même préoccupation qui sous-tend l'établissement de la paternité: la *reconnaissance* de l'enfant n'est pas subordonnée à son intérêt, elle repose sur le droit discrétionnaire du père biologique⁵⁸.

C. Le principe d'autonomie

- L'intérêt de l'enfant est, de nos jours, inséparable du concept d'*autonomie*. Soulignons que l'autonomie présuppose, pour y parvenir, l'hétéronomie. En effet, l'enfance est un temps où doit régner l'hétéronomie, c'est-à-dire un temps où la loi doit être imposée de l'extérieur à l'enfant, par ses parents, représentant la loi.

Toutefois, l'enfant qui a acquis une certaine maturité d'esprit est perçu par le droit comme une entité autonome, capable de *déterminer lui-même et directement* son propre intérêt.

La reconnaissance de son autonomie et de son droit d'autodétermination fixe ainsi des *limites* à l'intervention des parents en tant que protecteurs

⁵³ Art. 301 al. 2 CC.

⁵⁴ Art. 302 al. 2 CC.

⁵⁵ Art. 285 al. 1 CC.

⁵⁶ Art. 7 par. 1 CDE.

⁵⁷ Art. 24 al. 2 LPMA, art. 27 al. 2 LPMA (RS 814.90). La LPMA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Voir également l'art. 119 al. 2 let. g Cst. féd.

⁵⁸ Voir également HEGNAUER (note 15), par. 7.05: «La reconnaissance appartient au père».

légaux. Les droits propres de l'enfant s'érigent ainsi partiellement contre la logique de la protection de l'enfant qui prévalait jusque'ici.

Les standards internationaux promeuvent l'exercice des droits de l'enfant; c'est ainsi que la *Convention européenne* du 25 janvier 1996⁵⁹ prévoit une série de droits procéduraux, des droits subjectifs accordés au mineur en fonction de son degré de maturation.

Celui-ci, ayant un discernement suffisant, se voit reconnaître, dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, le droit de recevoir toute *information pertinente*⁶⁰, d'être *consulté et d'exprimer son opinion*⁶¹, enfin d'être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de cette opinion et des conséquences éventuelles de toute décision⁶².

En accord avec la CDE, le droit suisse confère à l'enfant des droits-libertés. Il a, en effet, un *droit de décision* dans les domaines suivants:

- quand il est capable de discernement, il exerce lui-même ses droits fondamentaux⁶³;
 - s'il est capable de discernement, il exerce lui-même et tout seul les droits strictement personnels⁶⁴;
 - dès l'âge de 16 ans révolus, il a le droit de choisir lui-même sa confession⁶⁵.
- L'enfant a le *droit d'être entendu*⁶⁶ dans la procédure en divorce de ses parents. En principe, l'audition doit avoir lieu, mais exceptionnellement le juge peut y renoncer lorsque l'âge ou d'autres motifs importants s'y

⁵⁹ Voir note 21.

⁶⁰ Art. 3 let. a Convention européenne.

⁶¹ Art. 3 let. b Convention européenne; voir ATF 126 III 219, 221.

⁶² Art. 3 let. c Convention européenne.

⁶³ Art. 11 al. 2 Cst. féd.

⁶⁴ Art. 19 al. 2 CC, par exemple le droit de décider sans l'ingérence de ses parents d'une intervention médicale.

⁶⁵ Art. 303 al. 3 CC; voir également (sans limite d'âge) les art. 14 CDE et 15 Cst. féd.

⁶⁶ Art. 12 CDE.

opposent⁶⁷. Conformément à son droit à l'autodétermination, l'enfant peut aussi refuser l'audition⁶⁸.

Son avis ne sera pas nécessairement suivi. Mais il convient autant que possible de le prendre en considération⁶⁹. L'avis de l'enfant ainsi exprimé permet de mieux cerner son intérêt⁷⁰.

- L'enfant a le *droit d'être représenté*.

La Convention européenne⁷¹ lui reconnaît le droit de demander la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire⁷². Par ailleurs, l'autorité judiciaire peut désigner un représentant spécial sans que l'enfant le demande, quand il y a une situation de conflit d'intérêts⁷³.

Le droit suisse aussi prévoit qu'en cas de conflit d'intérêts, même potentiel, entre le représentant légal et l'enfant, un curateur doit lui être désigné⁷⁴. «Il y a, dans la règle, déjà conflit d'intérêts lorsque existent, entre le tiers et le représentant légal, des rapports personnels si étroits qu'il faut prévoir que le comportement du représentant légal pourrait éventuellement être influencé par les égards qu'il pourrait avoir pour les intérêts de ce tiers»⁷⁵.

De plus, le nouveau droit du *divorce* permet à l'enfant d'être représenté par un *curateur*, chargé de l'assister dans la procédure de divorce de ses

⁶⁷ Tels le développement affectif, des troubles consécutifs au conflit conjugal, le refus de l'enfant, art. 144 al. 2 CC.

⁶⁸ Voir JEAN-FRANÇOIS PERRIN, «Le nouveau droit du divorce: de la théorie à la pratique», *Semaine Judiciaire*, Genève 2000 II, p. 263, 275; MANAI (note 15), p. 112, ch. 4.2. D'un avis contraire: RENATE PFISTER-LIECHTI, «Le nouveau droit du divorce, quelle procédure?», *Semaine Judiciaire*, Genève 2000 II, p. 243, 247 *in fine* et 248 *ab initio*.

⁶⁹ Selon le Tribunal fédéral, lors de la fixation des droits des parents dans un procès en divorce, le désir d'attribution exprimé par l'enfant doit être pris en considération s'il s'avère, sur la base de l'âge et du développement de celui-ci, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir est l'expression d'une relation étroite avec le parent visé. ATF 122 III 401, 402 = JT 1997 I 638, 639. Par ailleurs, en matière de droit de visite, il convient de respecter la volonté de l'enfant de ne pas avoir de contact avec son père (ATF 126 III 219, 221 C.2b).

⁷⁰ Voir note 69; INGEBORG SCHWENZER (éd.), *Scheidungsrecht, Praxis Kommentar*, Bâle 2000, ad art. 133, p. 319 (Annatina Wirz).

⁷¹ Voir note 21.

⁷² Art. 4 Convention européenne.

⁷³ Art. 9 Convention européenne.

⁷⁴ Art. 392 ch. 2 CC.

⁷⁵ ATF 107 II 105, 110 = JT 1982 I 106, 110.

parents⁷⁶. L'opportunité de la nomination d'un curateur dépend de l'appréciation du juge, lorsque de justes motifs l'exigent. Mais lorsque l'enfant capable de discernement le demande, le juge doit ordonner la nomination d'un curateur sans même examiner s'il y a des justes motifs⁷⁷.

La représentation de l'enfant est une garantie formelle du respect optimal de son intérêt, puisque le curateur peut déposer des conclusions en son nom. Il a pour fonction de faire valoir les souhaits de l'enfant devant le tribunal. La représentation est indépendante de l'audition de l'enfant, de son degré de maturité ou de son discernement.

La Convention européenne⁷⁸ précise le rôle du représentant: il a l'obligation de donner toute information pertinente à l'enfant, de lui fournir des explications sur les conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et de toute action de son représentant, s'il a un discernement suffisant, ainsi que de déterminer l'opinion de l'enfant et de la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire⁷⁹. Le représentant n'a pas à accomplir cette obligation si cela est manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant⁸⁰.

Pour conclure

- De nos jours, la flexibilité du concept d'intérêt de l'enfant illustre de manière exemplaire le pilotage indirect des comportements par le législateur. La mise en relation des normes éparées et très diverses nous a permis de déceler les *principes directeurs* qui dessinent le contenu de l'intérêt de l'enfant et permet d'appréhender la diversité des situations de fait. La fin des règles fixes indique que la fonction du droit n'est plus d'établir des limites ou d'énoncer des interdits, que le droit s'identifie de moins en

⁷⁶ Art. 146 CC.

⁷⁷ Art. 146 al. 3 CC. Voir aussi JACQUES MICHELI/PHILIPPE NORDMANN/CATHERINE JACOTTET TISSOT/JOËL CRETZAZ/THIERRY THONNEY/ERIC RIVA, *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 1999, ch. 269; ainsi que STECK (note 14), p. 1564, par. 2 b, et ALEXANDRA RUMO-JUNGO, «Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen», *AJP – PJA*, Lachen 1999, p. 1578 ss, p. 1579, par. II.1.

⁷⁸ Voir note 21.

⁷⁹ Art. 10 Convention européenne.

⁸⁰ Voir note 79. Le représentant spécial n'est en principe pas le représentant légal de l'enfant.

moins à la contrainte; la fonction du droit néo-moderne semble être plutôt de multiplier les possibles. Et, comme l'écrit JEAN-CLAUDE MONIER, « finalement, n'est-ce pas là l'illustration d'une véritable fonction anthropologique du droit, de cette volonté désormais toujours plus affirmée, s'agissant du droit de la famille, de faire vivre la vie »⁸¹. Oui, mais une vie dans la diversité de ses manifestations et soutenue par une pluralité de valeurs.

- L'intérêt de l'enfant est une *notion heureusement élastique*, qui s'adapte à la spécificité des cas particuliers. Comme nous l'avons démontré, la détermination de l'intérêt de l'enfant n'est pas livrée exclusivement à l'appréciation du juge national, aidé par les évaluations sociales. L'intérêt de l'enfant est canalisé par les principes posés par les normes internationales et par le législateur national. Il exprime la nécessaire internormativité sous-jacente à une décision judiciaire qui, il est vrai, atteint un haut degré de complexité. Cette complexité est, en effet, très grande, dans la mesure où le respect de l'intérêt de l'enfant présuppose d'abord le recours aux principes qui sous-tendent cet intérêt, puis en un second temps seulement, la pesée des intérêts en présence, à savoir ceux de l'enfant, ceux de la mère et ceux du père, les premiers étant prépondérants.
- L'intérêt de l'enfant est une préoccupation des organes d'application du droit mais aussi du législateur. Mais notre droit est-il pour autant un droit *pédocentrique*, comme l'a affirmé le grand sociologue du droit JEAN CARBONNIER ?⁸² Je ne le pense pas. Car l'intérêt de l'enfant n'est pas absolu. Il n'est que *relativement supérieur*. L'absolutisation de l'enfant, la prééminence de son droit sur celui des autres aurait pour conséquence l'oubli de son enfance et du devoir d'éducation de l'adulte à son égard. La prise en considération de son avis permet de mieux cerner son intérêt. De manière provocatrice, je dirais que l'enfant a son mot à dire pour les affaires qui le concernent, mais qu'il n'a pas toujours, ni dans tous les cas, le dernier mot!

⁸¹ JEAN-CLAUDE MONIER, « Les interactions du droit et de la famille », *La Documentation française, Le droit dans la société*, Paris 1998, n° 288, p. 69.

⁸² Voir CARBONNIER (note 25), p. 83 *ab initio*.

RETOUR SUR L'INTERPRÉTATION

FRANÇOIS OST

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)

I. La production du sens juridique: monopole ou coopération?

Le raisonnement juridique est assurément un terrain d'observation privilégié des transformations actuelles du mode de production du droit. On s'attachera à présenter dans cette étude le modèle officiel encore dominant et, à partir des analyses des démentis tant théoriques que pratiques qu'on peut lui opposer dans le cadre de l'écriture du droit en réseau, on tracera le portrait du modèle alternatif qui s'y substitue au moins pour partie.

Le modèle officiel du raisonnement juridique porte sur l'interprétation des lois¹. On part en effet de l'idée que le droit positif, seul pertinent pour un juriste, se ramène à un ensemble de textes en vigueur qu'il appartient aux juristes, et en cas de litige au juge, d'appliquer au cas d'espèce. Dans le cas où cette application susciterait une difficulté, il y aurait matière à interprétation de la formule légale. Le modèle officiel du raisonnement juridique s'entend donc d'une théorie de l'interprétation – une théorie qui consacre, on va le voir, le monopole législatif de la production du sens, selon un schéma parfait

¹ Le thème de l'interprétation a suscité une énorme littérature scientifique. On se contente ici de quelques indications bibliographiques: FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Interprétation», *Archives de philosophie du droit*, Paris 1990, tome 35, p. 165 s.; pour une approche historique des modèles d'interprétation: B. FRYDMAN, *Les modèles juridiques d'interprétation*, à paraître; pour une approche par méthodes et par branches du droit: *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de MICHEL VAN DE KERCHOVE, Bruxelles 1978; pour une étude des directives d'interprétation: FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles 1989; pour une synthèse en droit comparé: NEIL MACCORMICK/ROBERT SUMMERS (éd.), *Interpreting statutes. A comparative study*, Aldershot 1991; pour un examen des questions philosophiques liées à l'herméneutique juridique: *Interprétation et droit*, sous la direction de PAUL AMSELEK, Bruxelles 1995.

tement accordé à la représentation pyramidale, hiérarchique et linéaire, de l'ordre juridique.

Interpréter, selon cette vue, consiste à dégager du texte le sens qu'y a imprimé son auteur, le législateur. L'interprétation est «déclarative» et non «constitutive» de sens: elle se borne à dévoiler une signification préexistante, enfouie dans la lettre du texte, elle s'attache à décoder le message qu'y a inscrit l'auteur de la règle. L'«intention du législateur», voilà le but et l'objet de l'interprétation. Une intention conçue comme un fait objectif, identifiable empiriquement (notamment par la consultation des travaux préparatoires), correspondant à un état de conscience précis et délibéré de l'auteur, et figée au moment de l'adoption du texte. Par hypothèse, cette intention est censée être unique et homogène, de sorte qu'un texte ne se prête qu'à une seule lecture autorisée qui dégagera son «véritable» sens. Cette opération est, du reste, censée être toujours couronnée de succès: tantôt la formule du texte permet, quasi instantanément, de dégager son sens «clair», tantôt la mise en œuvre des méthodes philologiques et historico-psychologiques a pour résultat de rendre claire une formule qui pouvait paraître obscure en première lecture. On le voit: l'interprétation «déclarative» n'ajoute et ne retranche rien au texte, elle se borne à en dire le sens, «son» sens, son «véritable» sens, qui n'attendait que cette modeste intervention pour s'affirmer dans son évidence et son autorité.

PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, auquel nous empruntons cette description du modèle «officiel» de l'interprétation, a raison de souligner qu'il exprime une théorie plus normative que descriptive: il s'agit bien d'une «doctrine», dont la vertu n'est pas de décrire une pratique, mais de l'orienter² (le cas échéant par des directives douées d'autorité), et qui, donc, à défaut d'être réaliste, exerce d'indéniables «effets de réalité». Cette doctrine «officielle», encore consacrée par de nombreux ordres juridiques, explique aussi pourquoi les lois interprétatives, adoptées par le législateur lui-même, se voient reconnaître un effet rétroactif: dès lors qu'un texte (en l'occurrence la première loi, faisant l'objet de la loi interprétative subséquente) est censé «posséder» un sens véritable

² PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, «Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leurs rapports», in: *Interprétation et droit*, sous la direction de PAUL AMSELEK (note 1), p. 190 s.; cf. aussi PAUL AMSELEK, *L'interprétation des lois*, 2^{ème} éd., Québec 1990, p. 4 s.

depuis l'origine et indépendamment de l'interprétation qu'on en donne, la rétroactivité de la loi interprétative ne doit pas faire scandale.

C'est l'interprétation de toutes les lois qui sera durablement marquée par le moule rigide dans lequel la pensée moderne l'a coulée. Le Constituant DUPORT lui a donné la forme, mille fois citée, du «syllogisme judiciaire»: le juge, écrit-il, «est celui qui réalise et réduit en acte les décisions abstraites de la loi; à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour étant applicable à ce fait, il tire la conclusion d'un raisonnement et rend, ainsi, son jugement»³.

La représentation du syllogisme judiciaire, pas plus que celle qui fait du juge la «bouche de la loi», ne donnent cependant une image exacte de la pratique interprétative: on l'a dit, leur propos est normatif plutôt que descriptif. Entre le texte de la loi et la norme que l'interprète en dégagera, un gouffre se creuse que ni l'intention du législateur ni la lettre du texte ne suffisent à combler. C'est que ce texte, pour donner naissance à la norme, doit faire l'objet d'une double confrontation: avec le complexe des faits, tout d'abord, aussi variés qu'évolutifs, avec les exigences de la raison et de l'équité, d'autre part, dont nul ne peut faire la synthèse *a priori*. On ne décide donc que sur fond d'indécidable; «on ne délibère jamais, disait ARISTOTE, sur les choses qui ne peuvent être autrement qu'elles ne sont»⁴. C'est dire qu'il n'y a pas délibération sur le nécessaire, et que le contingent est le domaine du juge. En ce sens, tout acte de décision est, comme le note JACQUES DERRIDA, une «folie»⁵ – un saut, un risque que nulle certitude *a priori* ne garantit. Aussi bien l'opération est-elle confiée aux «prudents» – les magistrats, hommes d'expérience, de la prudence ou de la sagesse desquels on attend la mesure nécessaire à l'exercice d'un pouvoir voué au discrétionnaire, mais si possible préservé de l'arbitraire⁶.

Le modèle «officiel» de l'interprétation s'avère donc aussi impraticable juridiquement qu'il est contestable sur le plan philosophique. Sur le terrain

³ Mémoire présenté le 27 mars 1790 par DUPORT à l'Assemblée constituante, cité in: C. CAMBIER, *Précis de droit judiciaire civil*, tome I, Bruxelles 1974, p. 56.

⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par JULES TRICOT, livre VI, 2, 1139a, Paris 1972, p. 276.

⁵ Jacques DERRIDA, *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*, Paris 1994, p. 58.

⁶ Xavier THUNIS, «La sagesse du juge: le devoir avant la vertu», in: MIES (éd.), *Toute la sagesse du monde. Hommage à MAURICE GILBERT*, Bruxelles 1999, p. 299 s.

juridique, on a pu faire valoir tour à tour que l'intention du législateur était bien souvent fictive et presque jamais homogène; que beaucoup d'hypothèses n'ont tout simplement pas été envisagées par lui; l'auraient-elles été qu'elles pourraient être jugées dépassées ou illégitimes aujourd'hui. Mais la source de ces objections est plus profonde encore: c'est que, sur le plan philosophique, on ne s'accommode plus du caractère monologique et *a priori* prêté au sens de la loi. Du coup, c'est l'idéal de clarté, de certitude et d'univocité auquel le raisonnement juridique officiel prétend qui est révoqué en doute; on redécouvre aujourd'hui que les Anciens étaient bien plus proches de la réalité de la pratique juridique lorsqu'ils la présentaient sous la forme de la controverse, expression de la raison prudentielle, argumentative et dialectique qui convient à la délibération des affaires contingentes de la Cité.

Le modèle officiel n'est cependant pas dépourvu de toute vertu descriptive (ne serait-ce qu'en raison des «effets de réalité» que les directives qui l'accompagnent ne manquent pas d'exercer); par ailleurs, il n'est pas déraisonnable de rechercher, avec toutes les réserves d'usage et comme un élément parmi d'autres, l'intention de l'auteur du texte. Mais il convient de le repenser fondamentalement en intégrant deux éléments qui lui sont totalement étrangers: la contribution décisive du lecteur-interprète à la détermination du sens et l'influence de l'application de la loi sur son interprétation (on veut dire l'inévitable rétroaction qu'exerce «la conclusion du raisonnement interprétatif sur les prémisses de ce raisonnement, que ce soit sur le sens de la loi ou sur la qualification des faits»⁷). On peut reprendre à cet égard la terminologie de GÉRARD TIMSIT: si le sens de la loi est *prédéterminé* par le législateur, il est non moins certain qu'il est *codéterminé* par le juge-interprète, tout comme, on le verra plus tard, il est aussi *surdéterminé* par les valeurs et principes plus généraux auxquels adhère la communauté des interprètes⁸.

Encore faut-il donner à cette codétermination sa véritable portée: il ne s'agit pas ici d'une intervention subsidiaire du juge qui prendrait le relais du législateur dans les cas (rares) de défaillance de la formule légale. Ce n'est pas à un tel replâtrage du modèle officiel, au bénéfice de cette maigre concession au juge, qu'il convient de s'attacher pour penser l'interprétation à l'heure du droit en réseau. Faut-il pour autant emboîter le pas aux théories

⁷ CÔTÉ (note 2), p. 194.

⁸ GÉRARD TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris 1991.

(autoproclamées) «réalistes» de l'interprétation qui finissent par considérer que les textes ne présentent par eux-mêmes aucune signification *a priori*, celle-ci leur étant conférée par les seuls interprètes?

Faut-il, par exemple, suivre OLIVIER CAYLA et soutenir que «c'est l'interprète, par son activité de lecture, qui constitue lui-même entièrement le texte de la Constitution»⁹, pour en conclure que l'interprétation, acte de volonté, est en définitive une activité politique qui «peut faire dire à la Constitution ce qu'elle veut»¹⁰? Pour la raison, exacte, qu'un texte ne présente qu'une signification locutoire et que c'est la parole vive (parole en acte) du lecteur-interprète qui lui confère la force illocutoire, est-on autorisé à conclure que ce texte ne présente aucun sens prédéterminé¹¹? Nous ne le pensons pas. Ce serait, une fois encore, céder à la «loi de la bipolarité des erreurs»¹², tomber de CHARYBDE en SCYLLA, et substituer le monopole du juge sur le sens au monopole du législateur qu'on vient de condamner.

C'est une théorie dialectique qu'il s'agit de construire pour faire justice à la pratique – une pratique de coopération entre auteurs et lecteurs qui tous, à leur place, contribuent à la lecture-écriture (à moins que ce soit l'écriture-lecture) du droit en réseau. Une pratique à la fois inventive et pourtant contrainte: «jeu, mouvement dans un cadre», écrivions-nous¹³; «création sous contraintes», écrit quant à lui PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ¹⁴.

II. Définition

Les propos qui précèdent inclinent à faire adopter une définition large de l'interprétation. On ne peut plus s'accommoder en effet de la définition positiviste qui entendait réduire l'interprétation à l'élucidation du sens de la loi à

⁹ OLIVIER CAYLA, «La chose et son contraire (et son contraire, etc.)», in: *Les études philosophiques*, 1999, n° 3, p. 294.

¹⁰ *Ibidem*, p. 291-292.

¹¹ *Ibidem*, p. 298.

¹² FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, «De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit», *Archives de philosophie du droit*, Paris 1988, tome 33, p. 177 s.

¹³ FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris 1992, p. 10.

¹⁴ CÔTÉ (note 2), p. 197.

l'aide de sa formule, pour autant que ce sens soit obscur et que l'interprète ne soit pas amené à combler une lacune ou résoudre une antinomie. Cette définition présuppose en effet qu'il existerait des textes clairs en eux-mêmes, indépendamment de l'interprétation qu'ils reçoivent¹⁵; elle implique par ailleurs une distinction, selon nous impossible à établir, entre interprétation, comblement des lacunes et solution des antinomies. Aux antipodes de la conception positiviste, MICHEL VILLEY rappelait que «l'interprétation, dans la langue ancienne, c'est toute l'œuvre du juriste»¹⁶. Cette définition, en revanche, s'avère trop large dès lors qu'elle ne se réfère pas explicitement aux textes; elle a cependant le mérite d'attirer l'attention sur la diversité des opérations intellectuelles que suscite l'application des règles générales aux cas particuliers.

En amont de l'élucidation proprement dite du sens d'un document se posent déjà de nombreuses questions à l'interprète. Parmi celles-ci, on retiendra la qualification des faits de la cause dont l'existence est établie, ainsi que le choix de la règle applicable parmi les innombrables normes du système juridique. De toute évidence, ces deux opérations interagissent intimement: le fait est reconstruit en fonction de l'hypothèse légale et la loi est choisie à raison de sa pertinence à l'égard des faits. Une «pré-interprétation» est ici à l'œuvre, qui porte simultanément sur les faits, sur les diverses règles potentiellement applicables et, enfin, sur la norme choisie. Un ajustement de plus en plus fin s'opère, telle une mise au point dans le langage de la photographie, au terme d'un va-et-vient entre pré-qualification du fait et pré-interprétation du système juridique, de sorte qu'en définitive se réalise «l'individuation» de la règle¹⁷.

Une telle règle est ensuite «appliquée» au terme d'une démarche reconstruite *a posteriori* sous la forme d'un syllogisme. Faut-il, à cet égard, distinguer application et interprétation? La doctrine traditionnelle qui invoque le

¹⁵ Cette illusion est fermement dissipée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision ACEDH *S.W. c. Royaume Uni* du 22 novembre 1995, Série A 335-B, par. 34: «Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation».

¹⁶ MICHEL VILLEY, «Modes classiques de l'interprétation en droit», in: *L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit*, tome 17, Paris 1972, p. 71-88.

¹⁷ Sur ce concept, cf. GIOVANNI TARELLO, «Nozione di interpretazione», in: CATIGNONE/GUASTINI/TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Gênes 1979, p. 232.

principe «*clara non sunt interpretanda*» enseigne qu'il est possible d'appliquer un texte sans l'interpréter, l'interprétation étant précisément réservée à l'hypothèse d'obscurité ou de défaillance du texte. Cette opinion cependant est généralement rejetée, notamment par HANS KELSEN pour lequel «si un organe juridique doit appliquer le droit [...], il faut nécessairement qu'il interprète ces normes»¹⁸. Il paraît donc, ici aussi, difficile d'opposer ces deux notions qui présentent une importante aire sémantique commune, même si elles soulèvent des problèmes spécifiques.

La conception restrictive de l'interprétation serait-elle en meilleure position pour opposer cette fois «interprétation de la règle», d'une part, «solution des antinomies» et «comblement des lacunes», d'autre part? Dans ces deux cas au moins, ne sortirait-on pas résolument du domaine de l'interprétation? Ici encore, il ne paraît pas possible de se satisfaire d'une conception aussi tranchée. On a pu montrer en effet que tant la constatation d'une lacune ou d'une antinomie que leur mode de solution ne peuvent s'opérer qu'au terme d'une interprétation des normes en présence¹⁹. La lacune et l'antinomie n'existent pas, en effet, en elles-mêmes; elles n'apparaissent que parce que l'interprète n'a pas pu, ou pas voulu, étendre le champ d'application d'une ou de plusieurs norme(s) virtuellement applicable(s) ou, inversement, parce qu'il n'a pas pu, ou pas voulu, restreindre le champ d'application des deux normes, en vue de concilier leurs termes par un aménagement de leurs champs d'application respectifs. Quant à la solution de ces divers défauts du système juridique, elle relève encore de l'interprétation, dans nos ordres juridiques légalistes à tout le moins, où la fonction créatrice du juge tend toujours à s'abriter derrière des références textuelles, celles-ci fussent-elles un tant soi peu sollicitées.

De l'interprétation on peut également distinguer, mais sans séparation nette une fois encore, la motivation de la décision par laquelle le juge argumente en faveur du sens qu'il a retenu. Pas de distinction radicale en effet, car la justification de l'interprétation ne vient évidemment pas «d'ailleurs», elle

¹⁸ HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Paris 1962, p. 453.

¹⁹ Cf. notamment PHILIPPE GÉRARD, «v° Antinomie», in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de ANDRÉ-JEAN ARNAUD ET AL., Paris 1988, p. 21; MICHEL VAN DE KERCHOVE, «v° Lacune», in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de ANDRÉ-JEAN ARNAUD ET AL., Paris 1988, p. 221.

ne s'autorise pas de quelque vérité *a priori* ou d'un quelconque verdict empirique que le juge solliciterait en dehors du jeu de l'intertextualité qu'il met en œuvre. Le juge n'est donc jamais en mesure de «prouver» «l'exactitude» du choix qu'il a opéré, à la manière dont on conclut une démonstration de géométrie par exemple. C'est que la démarche interprétative relève moins d'une logique formelle et contraignante que d'une raison probabiliste et d'une logique de l'argumentation²⁰. Selon l'heureuse formule de PAUL RICŒUR, l'interprétation s'apparente à un «pari sur le sens», de sorte que la motivation prend la forme d'une argumentation en vue de valider le pari qui est fait pour un type donné d'intelligibilité du texte (par exemple, la rationalité du législateur, cf. *infra*). Parlant de la justification de l'interprétation en général, RICŒUR écrira même: «la validation, en ce sens, relève d'une discipline argumentative voisine des procédures juridiques de l'interprétation légale»²¹.

On voit donc que, s'il peut être utile de ménager des distinctions entre les opérations de choix de la loi applicable, qualification des faits, application de la loi, comblement des lacunes, résolution des antinomies et enfin motivation de la décision, il ne paraît pas pertinent, en revanche, de séparer nettement ces divers moments de la démarche du juge, tant sont intenses les interactions qui les unissent. On est ainsi conduit à adopter une définition large de l'interprétation, en s'inspirant par exemple de cette observation de PIERRE PESCATORE, ancien juge à la Cour européenne de justice: «Dans la pratique du droit», écrit-il, «on réunit sous le nom de l'interprétation l'ensemble des procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser, dans une situation donnée, le principe applicable. En ce sens, interpréter veut dire, bien sûr, élucider un texte obscur; mais interpréter veut encore dire: spécifier un texte général [...], rectifier les imperfections des textes et adapter ceux-ci aux exigences actuelles; résoudre les contradictions, étendre les textes de manière à combler les lacunes. En un mot, l'interprétation englobe l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret»²².

²⁰ Cf. notamment CHAÏM PERELMAN, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Paris 1999.

²¹ PAUL RICŒUR, «La métaphore et le problème central de l'herméneutique», *Revue philosophique de Louvain*, tome 70, 1973, p. 105.

²² PIERRE PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg 1960, p. 326; cf. aussi PAUL FORIERS, *La pensée juridique de PAUL FORIERS*, tome I, Bruxelles 1982, p. 252; TARELLO (note 17), p. 232-233.

On peut donc définir l'interprétation comme «l'ensemble des opérations intellectuelles nécessaires pour résoudre une question de droit à l'aide de textes juridiques faisant autorité». Une telle définition, outre qu'elle rend compte des diverses démarches effectivement suivies par le juge-interprète, satisfait à l'exigence d'une conception dialectique qui dise la coopération du législateur (ce sont bien des *textes* que l'on interprète) et du juge (qui dispose d'un important pouvoir créateur dans la sélection et la mise en résonance – harmonisation, hiérarchisation, reformulation – de ces textes).

Où l'on voit – ce point est essentiel et on le rappellera encore – qu'il n'y a pas de point de vue qui soit extérieur à l'interprétation: c'est qu'elle opère du milieu des textes qui se répondent et des interprétations qu'ils reçoivent et ont reçu. «Il y a plus affaire», disait MONTAIGNE, «à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus livres sur les livres que sur tout autre sujet: nous faisons que nous entregloser»²³. Il n'y a pas de raison de croire que le texte juridique échappe à cette loi générale de l'interprétation. CHAÏM PERELMAN rapportait à cet égard une anecdote significative du Talmud. L'histoire a pour cadre une controverse entre rabbins à propos d'un point de la Thora. L'un d'entre eux, à bout d'arguments, en vient à invoquer l'intervention directe du Ciel. Le Très-Haut, ainsi interpellé, se manifeste par divers miracles et même par une voix qui donne raison au rabbin. Ce témoignage éloquent de l'auteur même de la loi fut cependant écarté des débats, rapporte le Talmud, pour le motif, tiré de Deutéronome, que «la Thora ne se situe pas dans les Cieux»²⁴.

Les textes juridiques, aussi sacrés soient-ils, sont donc livrés à leurs interprètes. Ils constituent comme le «prétexte» de l'interprétation. Non pas tant au sens d'un alibi ou d'un paravent permettant n'importe quelle interprétation, mais plutôt au sens d'un «pré-texte» (avant-texte) qu'il appartient au juge de ré-écrire jour après jour – «texte mort», écrit PIERRE LEGENDRE, «qu'il s'agit de revitaliser, «palimpseste» surchargé de signification»²⁵.

²³ *Essais*, III, XIII; cf. aussi P. FEDIA, «v° Interprétation», *Encyclopaedia Universalis*, Paris 1984, p. 49: «Interpréter n'est-ce pas toujours interpréter une interprétation?».

²⁴ CHAÏM PERELMAN, «L'interprétation juridique», in: *L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit*, tome 17, Paris 1972, p. 34-35.

²⁵ Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur: essai sur l'ordre dogmatique*, Paris 1974, p. 81.

III. Étymologie

L'étymologie des termes «interprétation» et «herméneutique» devrait confirmer ces premières observations et ouvrir la voie à une théorie dialectique de l'interprétation. Interprétation vient du verbe latin *interpretari*, lui-même composé de la préposition *inter* (entre) et du terme *pres* qui pourrait être une forme nominale tirée d'un verbe disparu signifiant «acheter» ou «vendre», apparenté à *pretium* (prix)²⁶. De sorte que le premier sens connu du mot *interpres* est celui d'intermédiaire, de courtier, de chargé d'affaires. Dans la suite, le mot allait s'enrichir de nombreuses significations depuis celle de «crieur public» jusqu'à celle de «devin» ou d'«augure», en passant par celle d'«interprète», de «traducteur», de «porte-parole». Dans ces différentes acceptions, l'interprétation renvoie à l'idée de médiation: l'interprète est «l'intermédiaire qui procure (*prestation*) la pensée», écrit HENRI BATTIFOL²⁷, le médiateur, le porte-parole, celui qui s'interpose pour assurer la communication. L'étymologie du terme «herméneutique», provenant du grec *hermeneia*, pourrait confirmer ce sens, si du moins on suivait la suggestion de certains dictionnaires étymologiques qui n'hésitent pas à rapprocher l'*hermeneia* de la figure mythique d'HERMÈS, le dieu de la communication²⁸.

Quels sont donc les éléments que l'interprétation met en rapport? L'auteur et le lecteur, le texte et son public, réel ou potentiel, sans doute. Mais aussi la langue savante (ou sacrée, ou étrangère ...) et la langue usuelle (ou profane, ou indigène ...), le passé de la rédaction et le présent, et même le futur, de la lecture ou de l'application (le juge, par exemple, n'ignore pas l'«effet de précédent» que sa décision peut exercer), la subjectivité (l'intention, la volonté) d'un auteur et l'objectivité d'un message qui lui échappe, emporté telle une bouteille à la mer, la généralité d'une formulation abstraite et la singularité d'une situation événementielle, l'abstraction d'une règle et le concret d'un *casus*. Mais l'interprétation c'est encore la mise en rapport de la partie (le mot, la phrase) et du tout (le livre, l'œuvre): on dira, en droit, le rapproche-

²⁶ ALFRED ERNOUT/ANTOINE MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4^{ème} éd., Paris 1953, p. 320.

²⁷ HENRI BATTIFOL, «Questions de l'interprétation juridique», *L'interprétation dans le droit. Archives de philosophie du droit*, tome 17, Paris 1972, p. 12.

²⁸ HJALMAR FRISK, *Griechisches etymologisches Wörterbuch*, tome I, Heidelberg 1960, p. 564; cf. aussi PIERRE CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris 1968, p. 373.

ment de la règle de référence avec l'ensemble des règles voisines, afin de déterminer celle qui est la plus pertinente en l'espèce, tout en s'efforçant d'éviter les doubles emplois et les antinomies, quitte, le cas échéant, à rapprocher plusieurs segments de règles afin de combler ce qui pourrait apparaître comme une lacune: mise en résonance, en quelque sorte, de la loi et du droit, de la norme et du système.

Plus fondamentalement encore, l'interprétation réalise la médiation, la transduction d'un sens premier, explicite mais non entièrement satisfaisant, vers un sens second, implicite, mais plus conforme à une attente de sens déterminé. Ce sera, par exemple, le passage de la lettre à l'esprit, des *verba legis* à la *sententia legis*.

Ces remarques étymologiques ouvrent la voie à une très riche théorie de l'interprétation. On voudrait montrer que celle-ci ne se ramène ni à une simple répétition, ni à une libre invention.

IV. Ni simple répétition (...). Radicalité de l'interprétation

On pourra être tenté de comprendre le travail de médiation de l'interprète comme une simple traduction mécanique, un décodage linéaire, une égalisation stricte d'un langage dans un autre. Mais quelle que soit la force des contraintes qui s'exercent sur l'interprète (*infra*, par. 4), jamais l'interprétation ne se réduit à une transposition pure et simple; elle opère nécessairement déplacement, déconstruction et reconstruction de sens; le risque de glissement, voire de trahison lui est inhérent: *traduttore, traditore*, dit-on parfois, et HERMÈS, s'il est le dieu de la communication et des marchands, est aussi celui des voleurs. La vie du sens est, semble-t-il, à ce prix; si elle implique ce risque de mécompréhension, elle permet aussi la reformulation du texte dans un langage plus satisfaisant, qui l'enrichit de significations plus fécondes, plus conformes à la précompréhension développée à son égard. En droit, par exemple, le texte juridique est censé conforter la justice, l'utilité, la rationalité, le sens commun, et l'interprétation la plus satisfaisante sera celle qui rencontrera le mieux ces diverses attentes.

Plusieurs facteurs concourent à la teneur indécise du droit et donc à l'ouverture de l'interprétation. On relèvera pour commencer deux traits centraux qui caractérisent les langages naturels, et même les langages semi-artificiels dérivés des langages naturels, comme le langage juridique. En ce qui concerne tout d'abord la définition en compréhension des concepts appartenant à ces langages, il faut noter que la polysémie est la règle et non l'exception²⁹. Au plan de leur définition en extension, par ailleurs, ces concepts ne paraissent susceptibles de faire l'objet ni d'une délimitation nette ni, *a fortiori*, d'une délimitation complète. Cette particularité, que les auteurs anglosaxons qualifient de «texture ouverte» du langage ordinaire («*open texture*»)³⁰, conduit à relever, au-delà du «noyau de sens clair» d'un concept, la «zone de pénombre» qui l'entoure, de sorte que, si un certain nombre de cas-types rentrent assurément dans l'extension du terme, il existe également un certain nombre de cas-limites dont il est *a priori* douteux de savoir s'ils sont ou non visés par lui et si donc ils rentrent dans le champ d'application de l'hypothèse légale.

Sans doute la prise en compte du contexte dans lequel s'inscrit le mot ou le message à interpréter permettra-t-elle de lever la plupart des doutes. Mais il faut noter cependant que la difficulté risque bien de rebondir dès lors que plusieurs contextes, et non pas un seul, peuvent prétendre être également pertinents. Il est traditionnel pour les juristes, par exemple, de distinguer entre le contexte historique d'énonciation de la loi et son contexte actuel d'application: si, par exemple, le terme «presse» figurant à l'art. 25 de la Constitution belge («La presse est libre. La censure ne pourra jamais être établie») ne visait, évidemment, lors de son adoption en 1831, que la seule presse écrite, qu'en est-il aujourd'hui (contexte d'application) de la presse audiovisuelle? Par ailleurs, il faut relever aussi que les sources de doute que suscitent la compréhension et l'extension des termes juridiques ne procèdent pas seulement d'ambiguïtés sémantiques: elles peuvent tout aussi bien résulter de considérations systémiques ou syntaxiques, ainsi que de difficultés pragmatiques. On aura reconnu les trois dimensions généralement prêtées au langage – trois dimensions auxquelles correspondent trois contextes différents d'in-

²⁹ Cf. FRÉDÉRIC FRANÇOIS: «On peut poser comme universel que jamais un énoncé n'a qu'un seul sens; [...] la polysémie est la règle», «Caractères généraux du langage», in: *Le langage*, sous la direction d'ANDRÉ MARTINET, Pléiade, Paris 1968, p. 43.

³⁰ Cf. HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The concept of law*, Oxford 1968, p. 124.

interprétation³¹. A côté du contexte formé par les langages naturel et juridique (contexte sémantique), le juge prend aussi en compte (même si cette opération n'est pas toujours explicite) le contexte syntaxique formé par le système au sein duquel s'intègre la disposition interprétée, ainsi que le contexte sociétal global sur lequel vont peser les conséquences du jugement en gestation (contexte pragmatique).

A ces trois niveaux correspondent, bien entendu, des sources distinctes de doute: perplexité sémantique, dans le premier cas, lorsque la signification *prima facie* du terme ne peut être élucidée à l'aide du lexique de référence; difficulté relative à la mise en œuvre du système juridique lorsque la solution retenue suscite une antinomie, une redondance ou une lacune; problème d'ordre axiologique, enfin, lorsque l'interprétation choisie conférerait à la décision des conséquences estimées injustes ou déraisonnables. Autant de contextes à prendre en compte, autant d'occasions d'ouverture de l'interprétation.

Comment mieux souligner la nécessaire coopération du lecteur à la construction du sens? Le texte, explique UMBERTO ECO dans son livre au titre évocateur: *Lector in fabula*, est un «tissu de non-dit»³², un «mécanisme paresseux (ou économique) qui vit sur la plus-value de sens qui y est introduite par le destinataire»³³. Toujours incomplet et sibyllin, le texte fait nécessairement appel aux mouvements coopératifs du lecteur – un «lecteur-modèle» que le texte présuppose et institue à la fois, l'invitant par toutes sortes de stratégies discursives à actualiser son propos dans le sens souhaité³⁴.

Cette ouverture de l'interprétation – l'impossibilité de la ramener à la simple répétition du même – souligne ce caractère central que nous qualifions de «radicalité». La radicalité, ou l'intégralité de l'interprétation, s'entend du fait qu'elle est littéralement sans ailleurs. On veut dire par là qu'il n'y a pas de point de vue de Sirius extra-interprétatif qui permettrait d'asseoir la raison pratique sur quelque évidence ou certitude absolument objective et *a priori*. C'est dire que la raison pratique est radicalement herméneutique: prise dans un flux continu d'interprétations, sans début ni fin assignables. C'est dire

³¹ JERZY WROBLEWSKI, «Legal language and legal interpretation», in: *Law and Philosophy*, 1985-4, p. 248 s.

³² UMBERTO ECO, *Lector in fabula. Le rôle du lecteur ou la coopération interprétative dans les textes narratifs*, Paris 1985, p. 62.

³³ ECO (note 32).

³⁴ ECO (note 32), p. 68-69.

encore que toute interprétation d'un texte est, en même temps, interprétation d'autres interprétations. Ou encore: tout énoncé juridique est l'interprétation d'autres énoncés juridiques.

Prendre cette thèse au sérieux entraîne plusieurs corollaires. Tout d'abord, l'absence de point de départ absolu et radical de la juridicité: il n'existe absolument aucun texte juridique qui puisse prétendre, telle une norme fondamentale, être «le» texte fondateur duquel tous les autres dériveraient; dans la même logique, il faudra admettre que n'existe pas non plus de texte qui puisse prétendre être l'aboutissement ultime, le point d'arrivée final de la juridicité. Dire que tout énoncé juridique est l'interprétation d'autres énoncés signifie encore qu'il n'y a pas de coupure nette entre les textes juridiques, pas de différence de statut radical entre les sources, pas de hiérarchie intangible entre les différentes autorités interprètes du droit. Les trop fameuses distinctions entre créer et appliquer le droit, ou encore entre produire du droit et commenter le droit en sortent donc considérablement relativisées. D'une certaine façon, créer une norme ou un acte juridique, c'est toujours en même temps interpréter et appliquer une autre norme juridique; à l'inverse, interpréter et appliquer une règle, c'est en créer une nouvelle – et ce, non seulement dans l'optique «hiérarchique» de KELSEN, qui envisageait seulement le rapport de dérivation verticale des normes particulières à partir des normes générales, mais aussi dans une optique horizontale du droit en réseau au sein duquel interagissent toutes les normes, tous les énoncés en présence. Forçant un peu le trait, on pourrait dire que, en herméneutique juridique comme dans les autres champs herméneutiques, un texte est écrit par ses lecteurs, de même qu'il avait été lu par son auteur. Disons, de façon moins provocante, que la textualité juridique (l'ensemble des textes disponibles et ce qui circule entre eux) est à la fois écrite et lue, produite et interprétée tant par ses auteurs que par ses lecteurs. Il y a donc comme un «milieu» de la textualité juridique au sein duquel le sens est produit et reproduit. Cette idée renvoie dos à dos deux conceptions de l'interprétation opposées mais solidaires dans leur commun réductionnisme: celle qui prétend qu'il est possible et souhaitable de dire, par voie d'interprétation, exactement le même (en droit, c'est l'image du juge «bouche de la loi») et celle qui, à l'inverse, soutient qu'il est de règle que l'interprète dise le «tout autre» (en droit, c'est l'image, tantôt crainte, tantôt valorisée, du «gouvernement des juges»).

On peut voir une illustration de ces thèses dans la célèbre métaphore de RONALD DWORKIN qui présente l'interprétation de la loi par les juges comme comparable au jeu qui consiste à écrire un roman à la chaîne, tout l'art du jeu étant de poursuivre, de façon crédible, l'intrigue entamée par les joueurs précédents, en respectant la «règle du jeu» qui consiste dans le «principe d'unité», tout en y apportant néanmoins sa touche personnelle: cachet esthétique dans le cas de l'écrivain, souci de justice politique dans le cas du juge³⁵.

Mais plus encore qu'une chaîne des juges, c'est une concaténation des textes qui s'impose, en droit tout particulièrement, et ce d'autant plus que, dans le modèle du réseau, les sources se sont démultipliées de la façon qu'on sait. Les études que GÉRARD GENETTE consacre aux *palimpsestes* et à la *trans-textualité* s'avèrent particulièrement pertinentes pour penser ce mode de production du droit.

Le texte juridique, par l'interprétation cent fois remis sur le métier, approprié, réapproprié, détourné, redécouvert, réduit, étendu, transposé par tant et tant d'auteurs – toujours différent et pourtant, d'une certaine façon, toujours pareil – ne présente-t-il pas tous les traits du «palimpseste»? Un «palimpseste», explique GENETTE, «est un parchemin dont on a gratté la première inscription pour EN tracer une autre, qui ne la cache pas tout à fait, en sorte qu'on peut y lire, par transparence, l'ancien sous le nouveau». Le palimpseste devient donc le modèle de toute «littérature au second degré»: celle qui rassemble les «œuvres dérivées d'œuvres antérieures par transformation ou imitation»³⁶.

On notera au passage – mais ce n'est pas le lieu d'insister ici – que ce modèle d'intertextualité est aujourd'hui comme matérialisé et opérationnalisé par la création de grandes bases de données juridiques et par la mise au point de vastes systèmes-experts d'aide à la rédaction des lois et à la décision jurisprudentielle, ainsi que par la rédaction d'ouvrages de doctrine informatisés assortis de systèmes d'hypertextes assurant un nombre indéfini de «liens» entre les «informations» qu'ils contiennent. Évaluer aujourd'hui la mesure dans laquelle l'intrusion de l'intelligence artificielle dans l'écriture juridique

³⁵ RONALD DWORKIN, «La chaîne du droit», *Droit et société, Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, Paris 1985, n° 1, p. 51 s.

³⁶ GÉRARD GENETTE, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, 4^{ème} éd., Paris 1982. Et l'auteur d'ajouter : «Un texte peut toujours en lire un autre, et ainsi de suite jusqu'à la fin des textes».

représentera une rupture épistémologique, du même ordre par exemple que la mise par écrit des coutumes, à l'âge moderne, est une entreprise qui n'en est encore qu'à ses prémices³⁷.

Il reste que la radicalité ne représente encore qu'une face de l'interprétation. Si celle-ci ne se réduit pas à une simple répétition, elle ne se produit pas plus comme libre invention.

V. (...) Ni libre invention. Limites de l'interprétation

De ce que l'interprétation est ouverte et virtuellement sans fin, il ne s'en déduit pas pour autant que l'interprète a tous les droits sur le texte et que toutes les interprétations se valent. Non que, comme l'a affirmé DWORKIN, le juge HERCULE (son image du lecteur-modèle) soit toujours en mesure de dégager, même dans les cas les plus difficiles, la bonne réponse (c'est la fameuse «*right answer thesis*») ³⁸, mais au moins faut-il convenir qu'au sein de la communauté des juristes toutes les interprétations ne sont pas équivalentes, et que certaines d'entre elles sont même franchement irrecevables. UMBERTO Eco le souligne, qui, après avoir beaucoup travaillé sur le front de l'ouverture de l'interprétation³⁹, crut nécessaire de consacrer, vingt-cinq ans plus tard, un nouvel ouvrage, cette fois aux *limites* de l'interprétation⁴⁰.

Il est évidemment toujours possible d'utiliser un texte à des fins qui sont étrangères à sa visée (en le lisant à la lumière d'un contexte différent, dans un but parodique, par exemple). A la limite, le texte n'est plus qu'un prétexte (au sens cette fois d'alibi) à une production de sens incontrôlée. Eco qualifie d'«*hermétique*» cette dérive de l'interprétation, et ce par référence à la gnose hermétique qui gagna le monde hellénistique au II^{ème} siècle après J.C. et qui

³⁷ Cf. par exemple *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, sous la direction de CLAUDE THOMASSET/DANIELE BOURCIER, Bruxelles 1996. On se gardera en tout cas des illusions machinistes qui pourraient faire croire que le recours à l'ordinateur permettrait de sortir de l'herméneutique et d'atteindre certitude et objectivité; cf. également JACQUES VANDERLINDEN, *Regards candides sur les sciences du texte juridique*, *ibidem*, p. 29.

³⁸ Cf. *infra*.

³⁹ UMBERTO ECO, *L'œuvre ouverte*, Paris 1965; ECO (note 32).

⁴⁰ UMBERTO ECO, *Les limites de l'interprétation*, traduit par MYRIEM BOUZAHER, 4^{ème} éd, Paris 1992: «Dire qu'un texte est potentiellement sans fin ne signifie pas pour autant que tout acte d'interprétation puisse avoir une fin heureuse».

resurgit régulièrement depuis – hier sous la forme de la Cabale, aujourd'hui notamment sous le visage du déconstructionnisme postmoderniste. L'idée centrale de l'hermétisme, rapportée à la figure d'un HERMÈS évanescent et ambigu (plutôt dieu des voleurs que dieu de la communication), est l'équivalence de toutes les lectures, dès lors que le texte et l'auteur n'ont aucun titre à imposer les leurs. Au contraire même, tout texte qui prétendrait affirmer quelque chose d'univoque est un univers avorté et trompeur dont il importe de se départir en libérant une succession infinie de sens et de renvois défiant toute position quelconque. La règle de ce jeu – que GEORGES STEINER qualifie de «déconstruction soupçonneuse», ou encore d'«herméneutique du *do it yourself*»⁴¹ – est celle de la toute-puissance du lecteur qui, comprenant que la vérité du texte est son vide, lui substitue librement n'importe quel contenu.

Comment ne pas voir cependant que, si tous les sens s'équivalent, alors, littéralement, plus rien n'a de sens? L'insignifiance d'un jeu totalement dépourvu de cadre, sinon celui de la pulsion du joueur, dissout l'idée même de texte et d'interprétation. Du reste, on peut soutenir, avec STEINER, que le dogme selon lequel toute lecture est erronée est auto-réfutant⁴² et que le postulat du «texte vide de sens» est en définitive aussi *a priori* et totalitaire que celui du texte porteur d'un seul sens, unique et vrai⁴³.

Si l'on veut, au contraire, faire justice aux pratiques effectives d'interprétation des textes, il convient de prendre acte des principes susceptibles de mesurer l'interprétation. Des limites, sans doute elles-mêmes provisoires et mobiles, mais des limites néanmoins, permettent d'identifier sinon la «seule» bonne interprétation, du moins les significations nettement déraisonnables, et de fournir également des critères susceptibles d'assurer une certaine économie de lecture au sein d'une communauté d'interprètes.

Au bénéfice d'une lecture transversale de l'ouvrage de Eco, on peut rassembler plusieurs éléments contribuant à assurer cet effet de mesure ou de

⁴¹ GEORGES STEINER, *Réelles présences: les arts du sens*, traduit par MICHEL DE PAUW, Paris 1991, p. 156. Pour STEINER, ce jeu caractérise l'ère de «l'épi-logue» (l'après mot) marquée par la rupture du contrat et de la relation de confiance qui unissent le mot et le monde, comme le moi et le je. STEINER lui oppose une théorie de l'interprétation «responsable», qui *répond* à l'interpellation de l'auteur et qui *répond des* potentialités du texte, non de façon servile mais, paradoxalement, créatrice.

⁴² *Ibidem*, p. 159 s.

⁴³ *Ibidem*, p. 211.

limite de l'interprétation. On citera tout d'abord le sens littéral des énoncés⁴⁴. Bien que cet élément soit éminemment controversé et controversable, on ne peut nier qu'il constitue le plus souvent un point de départ de l'interprétation, une référence à partir de laquelle ou contre laquelle un effet de sens peut être produit (un jeu de mots, par exemple, implique la référence à un sens avéré duquel on se distancie). Et même si plusieurs sens peuvent simultanément prétendre à la littéralité, il est vraisemblable qu'au sein d'une communauté déterminée d'usagers prévaut une certaine hiérarchie entre ceux-ci (de la même façon qu'existe une certaine hiérarchie entre les diverses significations des mots que retiennent successivement les dictionnaires).

Une deuxième ressource herméneutique susceptible de sélectionner les interprétations possibles d'un énoncé consiste dans la référence faite au contexte présumé de ce dont il est question. Bien qu'une telle présomption prenne nécessairement la forme d'un pari, on conviendra que celui-ci n'est pas vraiment aléatoire⁴⁵. Un minimum de familiarité avec le contexte de référence suffit, dans bien des cas, à écarter les doutes potentiels.

Cette idée mérite cependant d'être approfondie: la familiarité avec le contexte de référence n'est pas, en effet, une donnée adventice, mais procède au contraire d'une compétence essentielle du lecteur: l'intériorisation de la langue comme *patrimoine social*. Il y va, d'une part, d'un ensemble de règles grammaticales relatives à la formation des énoncés, mais aussi et surtout de ce que Eco appelle l'*encyclopédie*, qui forme comme le milieu d'origine et de développement de chaque langue. Une telle encyclopédie comprend notamment les diverses conventions culturelles produites par une langue, ainsi que l'histoire des interprétations précédentes de nombreux textes, y compris, peut-être, celui auquel on s'attache. Ainsi la lecture d'un texte prend-elle la forme d'une transaction entre les compétences réelles de tel ou tel lecteur et «le type de compétence qu'un texte donné postule pour être lu de manière économique»⁴⁶. Il est évidemment possible d'*utiliser* un texte, notamment de manière parodique, en le lisant à la lumière d'un contexte différent; mais si l'on cherche à l'*interpréter* en respectant sa visée, il conviendra de respecter son fond

⁴⁴ ECO (note 40), p. 12.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 128; cf. aussi STEINER (note 41), p. 211: «Il est absurde de rejeter comme fallacieuse, obscure et anarchique, l'importance des probabilités et des suggestions qu'offre le contexte, comme il est absurde d'accorder à ce dernier une confiance aveugle».

⁴⁶ ECO (note 40), p. 133-134.

linguistique et culturel, ou encore les «présuppositions» qui font l'objet d'une sorte d'accord implicite entre l'auteur et le lecteur et déterminent le cadre, le fond ou le point de vue à partir duquel un texte demande à être entendu⁴⁷.

Finalement, l'étalon de mesure le plus essentiel de l'interprétation est la découverte de l'*intentio operis*, distincte à la fois de l'*intentio auctoris* et de l'*intentio lectoris*, même si, cela n'est pas contesté, le texte est produit par un auteur empirique et nécessairement reconstruit par des lecteurs empiriques. L'*intentio operis* est quelque chose comme la cohérence d'ensemble du texte, qui servira de critère susceptible d'évaluer la pertinence des conjectures interprétatives produites par le lecteur⁴⁸. Le paradoxe est, bien évidemment, que l'*intentio operis* ne tombe pas du ciel comme un métalangage entièrement constitué à partir duquel opérer le tri des bonnes et mauvaises interprétations; elle est elle-même le résultat d'un travail interprétatif, alors même qu'elle est appelée à valider les constructions qui se fondent sur elle. Sans doute faut-il assumer ce paradoxe: «le texte doit être pris comme paramètre de ses propres interprétations»⁴⁹. Assumer ce paradoxe signifie qu'«entendre» réellement un texte (au sens du «bon entendeur» qu'on salue) consiste à enclencher le mécanisme qui fait du texte une machine ou un artifice destiné à produire à la fois son «lecteur modèle» et son «auteur modèle», l'«auteur modèle» étant celui qui garantit la plus grande cohérence du texte (quitte à ce que la cohérence du texte soit son incohérence), le «lecteur modèle» étant, quant à lui, celui qui s'adapte au mieux à cette stratégie textuelle⁵⁰. Ainsi donc, le lecteur empirique s'élève en quelque sorte à la hauteur du lecteur modèle, dont il est cependant réduit à conjecturer la posture; de la même façon, il s'emploiera à rapporter les intentions de l'auteur empirique à celles de l'auteur modèle, et ce à l'aune de l'*intentio operis* qui, en quelque sorte, distribue les rôles et inspire la succession des répliques.

Plusieurs paradoxes se déploient dans ce mouvement: les interprétations dont un texte est susceptible sont multiples, parfois en nombre indéfini, et pourtant toutes ne sont pas acceptables au regard de l'*intentio operis*; cette *intentio operis* n'échappe pas aux conjectures de l'interprète, et pourtant elle contribue à lui faire occuper la place de l'interprète idéal; à son tour, cette

⁴⁷ Sur la question des «présuppositions», *ibidem*, p. 313.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 41.

cohérence textuelle n'est pas étrangère à l'auteur empirique, mais elle ne se ramène pas pour autant à lui. Tout se passe comme si un rapport d'auto-engendrement s'établissait entre texte, auteur et lecteur, quelque chose comme une auto-transcendance au terme de laquelle le texte est produit par l'auteur et le lecteur, en même temps qu'il contribue lui-même à les produire. Dans la tradition herméneutique, ces paradoxes sont représentés par la figure du cercle (herméneutique); une telle circularité n'apparaîtra ni vicieuse ni stérile à la condition de se la représenter sur le mode de l'ouverture: une spirale, en somme, plutôt qu'un cercle. Ainsi peuvent être pensées à la fois l'ouverture toujours possible de l'interprétation (ou, pour le dire autrement, l'inachèvement principal de tout texte) *et* sa nécessaire inscription dans l'ordre de l'*intentio operis*. C'est pourquoi la singularité de toute lecture ne se produit que sur le fond d'une certaine généralité dont on a rappelé à grands traits les éléments: littéralité des énoncés, nature du contexte discursif, intériorisation de la langue comme encyclopédie ou patrimoine social (conventions grammaticales et culturelles, sédimentation des interprétations précédentes), pré-suppositions, et enfin *intentio operis*.

L'étude du raisonnement juridique, et notamment de la motivation des décisions de justice, confirme entièrement ces analyses de UMBERTO ECO. On se contentera ici d'évoquer à grands traits la figure du «législateur rationnel» qui nous est apparue comme le pivot central de l'argumentation juridique, quelque chose comme la personnification de l'*intentio operis* dans le champ juridique.

L'étude des arrêts et jugements, comme du reste l'analyse des démonstrations doctrinales, révèle, en effet, la présence récurrente d'un principe d'optimisation de l'interprétation qu'on identifie généralement sous le nom de «postulat de rationalité du législateur». Il s'agit, en cas de doute, de privilégier la signification qui conforte le plus efficacement l'effet utile du texte, la cohérence d'ensemble de la loi, de l'œuvre, du système. Il s'agira tantôt d'appuyer la rationalité linguistique du législateur (censé être un usager conséquent du langage usuel et du langage juridique), tantôt sa rationalité praxéologique (on ne peut supposer qu'il fasse preuve de maladresse dans la construction du système juridique; en conséquence, on s'efforcera de faire disparaître, par la voie de l'interprétation, les antinomies, les lacunes, les redondances; on respectera le rapport logique entre principes et exceptions, ainsi que le rapport instrumental entre moyens et fins); on présupposera éga-

lement que le législateur fait preuve de rationalité épistémologique (il respecte la nature des choses ainsi que la logique des institutions), ainsi que de rationalité axiologique (il ne viole pas la règle de justice et adopte une hiérarchie cohérente et constante de valeurs)⁵¹.

L'herméneutique juridique fournit donc une illustration particulièrement éclairante de la construction, par un «lecteur idéal» (le «bon juge» qui s'efforce de correspondre au modèle qu'on attend de lui), d'un «auteur idéal», le «bon législateur», qui ne fait pas (trop) mentir la visée de sens déduite de l'*intentio operis*: celle d'un système juridique à la fois juste et opératoire.

Ces analyses du discours jurisprudentiel de justification des décisions s'éclairent également des études que ROLAND BARTHES a consacrées au concept de texte (qui renforce la littéralité et la légalité du message, qui s'appuie sur un réseau institutionnel, et, à ce titre, «assujettit, exige qu'on l'observe et le respecte»)⁵², MICHEL FOUCAULT à la fonction d'auteur (qui opère comme principe d'unification de l'œuvre, répond de sa logique et garantit sa continuité)⁵³, et HANS-GEORG GADAMER à l'opération d'interprétation (qui ne s'avère féconde que dans la mesure où elle s'enracine dans une préinterprétation, façonnée par la tradition, qui garantit «l'appartenance de l'interprète à son texte»)⁵⁴.

Ces multiples *contraintes discursives* ont assurément pour effet de raréfier les interprétations considérées comme acceptables dans les milieux juridiques. Encore faut-il rappeler au préalable les *contraintes juridiques* qui concourent au même effet. On ne vise pas tellement ici les directives d'interprétation parfois consacrées par la loi ou la jurisprudence (car d'évidence ces

⁵¹ FRANÇOIS OST, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», in: *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de MICHEL VAN DE KERCHOVE, Bruxelles 1978, p. 97-184.

⁵² ROLAND BARTHES, «v° Texte (théorie du)», *Encyclopaedia Universalis*, Paris 1984, p. 1014.

⁵³ MICHEL FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris 1971, p. 28-31.

⁵⁴ HANS-GEORG GADAMER, *Vérité et méthode – Les grandes lignes d'une herméneutique juridique*, traduit par ETIENNE SACRÉ, Paris 1976, p. 152 s. Pour plus de détails sur ces trois approches, formant autant de «contraintes discursives» qui s'exercent sur le juge, cf. FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles 1987, p. 361-372.

⁵⁵ Sur cette question, cf. OST/KERCHOVE (note 1).

directives peuvent conduire aux solutions les plus diverses)⁵⁵, mais plutôt un faisceau de principes issus de contraintes juridiques plus indirectes – qui, sans «réguler» le jeu interprétatif explicitement, le «constituent» néanmoins⁵⁶. Parmi celles-ci, on relève tout d’abord l’aménagement constitutionnel des pouvoirs: un cadre est mis en place qui définit les «jeux de rôle» officiels du législateur et du juge: les principes de séparation des pouvoirs, de suprématie du législatif et d’indépendance du judiciaire en forment les axes principaux. Sans doute ceux-ci connaissent-ils aujourd’hui des altérations importantes dans le cadre du droit en réseau; il s’en faut cependant de beaucoup que ces principes aient perdu toute force contraignante. Plusieurs règles complètent ce dispositif: la prohibition des «arrêts de règlement», la relativité de la chose jugée (art. 6 du Code judiciaire belge), l’interdiction pour le juge de s’immiscer dans l’exercice de la fonction législative (art. 237 du Code pénal belge).

Plusieurs principes d’organisation judiciaire concourent également à l’encadrement de la juridiction: le caractère centralisé, et finalement peu spécialisé, de l’organisation judiciaire, l’esprit de corps qui caractérise le monde, très hiérarchisé, des magistrats, le caractère encore très ritualisé des procédures, le contrôle des décisions exercé par une Cour de cassation veillant à l’unité de la jurisprudence. Nul doute que ces divers traits contribuent à la relative fermeture de la «communauté interprétative» des magistrats⁵⁷, ainsi qu’à une certaine «inertie» des solutions, probablement aussi imputable au «discours invisible» partagé par les juges (une culture juridique profondément intériorisée qui présélectionne les solutions jugées acceptables)⁵⁸.

Au chapitre des contraintes juridiques, on citera encore l’obligation d’avoir à juger et à motiver sa décision par référence à une norme juridique, même dans le «silence de la loi», l’«insuffisance» ou l’«obscurité» de celle-ci (art. 5

⁵⁶ On aura reconnu la différence entre règles du jeu «constitutives» et règles «régulatives».

⁵⁷ Sur ce concept, cf. STANLEY EUGENE FISH, *Respecter le sens commun: rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, traduit par ODILE NERHOT, Paris 1995, p. 12.

⁵⁸ Cf. MARTIN KRYGIER, «The traditionality of statutes», *Ratio iuris – An international Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, n° 1/1988, Oxford 1988, p. 27 s.; cf. également JACQUES CHEVALLIER, «Les interprètes du droit», in: POIRMEUR ET AL. (éd.), *La doctrine juridique*, Paris 1993, p. 277: «les catégories existantes serviront de filtre, à travers lequel le changement sera tamisé, les réformes décantées, les innovations édulcorées; il s’agit de réduire les écarts, de colmater les brèches qui seraient de nature à compromettre la cohésion du droit».

du Code judiciaire) – obligation qui conduit nécessairement le juge à idéaliser les ressources du système juridique envisagé dans son esprit (infaillible) à défaut de sa lettre (défaillante). On aura également égard au caractère formel, abstrait et systématisant du lexique juridique (même empruntés au langage ordinaire, les termes de la loi reçoivent un sens conventionnel et spécialisé à raison de leur usage contextuel et de leur fonction spécifique dans la régulation juridique), ainsi qu'à la contrainte exercée par l'exigence éthique de généralisation des solutions (pour être acceptable, une décision de justice doit être généralisable; cette règle n'interdit évidemment pas les innovations jurisprudentielles, mais les rend plus difficiles et favorise certainement la reproduction des solutions éprouvées)⁵⁹.

Que conclure de ces analyses? Qu'entre récitation mécanique et libre invention, l'interprétation se fraye une troisième voie qui est celle de la poursuite du travail infini de la signification, tâche aussi éloignée de la croyance en la possibilité de découvrir un sens vrai et unique, qu'il importerait de dire et de redire, que de l'illusion opposée d'une production de sens totalement autonome, complètement affranchie de la tradition et du système de référence. Une conception souple et inventive de l'interprétation (...) à l'image de la pensée de celui auquel ces lignes sont dédiées.

⁵⁹ Sur ces diverses contraintes juridiques, cf. OST/KERCHOVE (note 54), p. 373-398. A propos de la présomption de stabilité du droit comme contrainte argumentative, cf. CÔTÉ (note 2), p. 477.

ÉVALUATION DE LA LOI FÉDÉRALE SUR LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

(Quelques propositions méthodologiquement «légères»)

JEAN-FRANÇOIS PERRIN

Professeur à l'Université de Genève

I. Evaluer l'impact d'une législation déjà obsolète?

L'intérêt que suscite l'évaluation législative va croissant. Ceux qui, comme CHARLES-ALBERT MORAND, avec constance depuis plusieurs décennies, tentent d'accréditer cette discipline, ne peuvent que s'en réjouir. Ces progrès – parce que progrès il y a – s'accompagnent aussi de quelques solides paradoxes. On les rencontre sur tous les terrains possibles et imaginables. On nous pardonnera peut-être d'en choisir un qui convient bien pour la démonstration que nous voudrions tenter. La Suisse a adopté en 1992¹ une législation qui devait constituer le fer de lance de la politique de protection de la personnalité, face aux dérives de plus en plus dangereuses qui sont les conséquences du stockage et du traitement des informations concernant les personnes². Les «fichages» auxquels se livraient tant les entreprises privées que les administrations allaient déjà bon train à l'époque de la préparation de cette législation. Il apparaît cependant que le phénomène devient gigantesque et incontrôlable avec les développements du marché globalisé et du *Cyberspace*³.

¹ Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 (RS 235.1), en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1993.

² La loi, selon les termes de son art. 1, «vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données».

³ Cf., concernant cette notion, les références et les développements de GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *Internet: Mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?*, in: BOELE-WOELKI/KESSEDJIAN (éd.), La Hague 1998, p. 89. L'American Bar Association a consacré son «2000 Annual Meeting» (London July 17, 2000) à la «*Cyberspace Juridiction*». Les participants ont pu entendre un exposé intitulé: «Balancing the New Powers and Interests of Consumers and Business in

On pouvait à peine imaginer, au début de la précédente décennie, l'ampleur du phénomène. C'est pourtant ce texte légal – pas encore vénérable – qui est appelé sur ce vaste champ de bataille. Il ne peut pas en être autrement. Tant que de nouvelles armes ne sont pas amenées sur le front, les combattants doivent bien faire avec celles qui existent, même si elles paraissent obsolètes. Il est donc du plus grand intérêt, alors même que le problème de la régulation de ces flux est devenu universel, de procéder à une évaluation d'un instrument normatif qui, pour reprendre l'imagerie militaire adoptée ci-dessus, constitue pour l'instant le rempart le plus solide que propose le droit positif contre l'invasion de la vie privée des citoyens. Si jamais il apparaît qu'il faut faire mieux, ce ne peut être qu'à partir de cette expérience. Elle mérite donc d'être évaluée. Certes les problèmes sont actuellement exacerbés par des développements technologiques extraordinaires qui sont survenus dans les toutes dernières années. Ces changements sont autant de raisons qui incitent à penser qu'un bilan doit être fait maintenant concernant l'impact des moyens légaux qui sont d'ores et déjà à disposition. Le travail est évidemment considérable. Ce n'est pas une raison pour ne rien entreprendre. Nous disposons de quelques pistes pour entamer une réflexion à ce sujet et il nous paraît utile de la proposer, ne serait-ce que pour provoquer le débat et appeler d'autres vocations.

II. Peut-on délimiter avec suffisamment de précision l'objet d'une telle étude?

Tenter l'évaluation d'une telle loi, est-ce possible, est-ce bien raisonnable? On trouve ici, d'une manière liminaire – et ce n'est pas pour nous déplaire – un vieux problème qui est le serpent de mer de l'évaluation législative. Cette loi a-t-elle un effet spécifique susceptible d'être isolé pour être mesuré? On sait que dès que l'on se trouve sur un terrain, c'est-à-dire dès que l'observation porte sur la réalité sociale, les phénomènes qui apparaissent sont la conséquence de causalités multiples et indissociables. Une loi n'agit jamais seule. Les sociologues du droit les plus chevronnés ont proposé la notion d'*internormativité*⁴ pour gérer cette difficulté. On dit alors que l'on décou-

Cyberspace Commerce», présenté par R. PITOFSKY, Président de la «*Federal Trade Commission*».

⁴ Cf. JEAN CARBONNIER, «Les phénomènes d'inter-normativité», in: *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42-52; *idem*: *Sociologie juridique*, Paris 1994, p. 317 ss.

vre, sur le terrain, le *droit vivant*⁵ plutôt que la loi. L'un n'est pas égal à l'autre. Ne pas d'emblée élargir l'objet à toutes ces normativités procéderait donc d'une erreur méthodologique. Et pourtant, la focalisation d'une attention prioritaire sur les *effets* d'une loi n'est pas impossible. Ne pas y procéder sous prétexte d'ouverture, parce que la démarche se veut non dogmatique, constitue une autre erreur, à la fois politique et méthodologique. On peut tenter de rendre compte de la complexité des phénomènes normatifs observables sur le terrain, sans renoncer pour autant à focaliser l'attention sur l'impact d'une loi bien précise, objet privilégié *mais non exclusif* de l'attention. Il n'est pas contradictoire, après ces précautions, d'affirmer que l'objet de la recherche serait limité à la «part» de cette loi, à la «portion» d'effets dont elle est seule responsable.

III. Evaluation d'une loi fédérale ou d'un complexe de normes juridiques appartenant pratiquement à toutes les disciplines juridiques?

L'internormativité qu'il faut gérer se manifeste d'abord à l'intérieur de l'ordre juridique. Cette difficulté est particulière, du point de vue de l'évaluation législative. L'imbroglio juridique qui, en Suisse, constitue le système de protection de la vie privée des personnes est d'une très grande complexité. Des dispositifs de protection qui ont des effets similaires existent sous des dénominations différentes en droit public et en droit privé. Ainsi, par exemple, les publicistes parlent de «protection de la liberté personnelle» lorsqu'il s'agit de décider si une autorité peut rendre publiques certaines données ou a le droit de ne pas les communiquer à l'intéressé qui demande à connaître leur contenu précis⁶. Dans un contexte très proche les privatistes parlent de «protection de la personnalité». C'est elle qui est en cause s'il s'agit, par exemple, de contrôler le traitement des informations qui concernent la solvabilité de débiteurs

⁵ «Droit vivant – Le droit au quotidien, tel qu'il émerge non seulement des documents reconnus officiellement, dans une société, comme juridiques, mais encore de l'observation directe de la pratique qui a lieu en marge, voire contre le droit institutionnalisé» (*Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit*, Paris 1988, p. 118).

⁶ Cf. par exemple ATF 113 Ia, p. 257 ss.

dans le cadre d'une demande de renseignements adressée aux offices LP⁷. Pratiquement toutes les disciplines se mêlent de contribuer à la «protection» dont il est question. De plus, des normes de droit international ont l'ambition de gérer les mêmes difficultés que celles qui font l'objet d'une réglementation de droit interne⁸. L'ensemble du système n'est pas très cohérent et il est facile de dénoncer diverses confusions. Comme nous l'avons montré, la terminologie n'est pas unifiée par rapport à un objet normatif qui, pourtant, peut être défini en termes univoques. Il s'agit toujours de protéger les personnes contre les dommages qu'elles subissent du fait de la circulation incontrôlée d'informations – vraies ou fausses – les concernant. Il faut encore ajouter que l'éthique professionnelle occupe aussi le terrain dans de nombreux domaines⁹. L'enchevêtrement normatif est donc d'une extrême complexité. Il faudrait pouvoir étudier tous les *effets*, ce qui constitue une tâche démesurée, sinon pratiquement impossible. Cette grande difficulté à faire bien et complètement le travail n'est cependant pas une excuse pour ne rien tenter sectoriellement. Il est utile, à notre avis, après avoir situé le problème dans son contexte normatif plus large, de focaliser l'attention sur les performances concrètes qu'il est directement possible d'attribuer aux normes faisant l'objet de l'évaluation spécifique. On se sort de la difficulté par une sorte de précaution de langage. On sait que ce que ne fait pas la norme évaluée pourrait, éventuellement, être accompli sous l'égide d'un autre dispositif normatif dont l'impact pourrait être mis en évidence par une autre recherche. Il pourrait se produire aussi, hypothèse inverse, que cet autre dispositif normatif ait un impact directement contraire à celui que veut accomplir la norme dont les effets sont évalués. En sociologie du droit, tout est possible, même l'identification de confusions

⁷ L'art. 8a LP (nouvelle LP), adopté après l'entrée en vigueur de la LPD, instaure un système de contrôle de l'information sous l'égide de la «protection de la personnalité des débiteurs», cf. le Message du Conseil fédéral 91.034, p. 35.

⁸ L'art. 13 al. 1 de la nouvelle Constitution protège «la vie privée et familiale», comme l'art. 8 CEDH. Les bases constitutionnelles de la LPD, lors de son adoption, résidaient dans les art. 31^{bis}, 64, 64^{bis} et 85 ch. 1 de l'ancienne Constitution fédérale.

⁹ Ainsi, par exemple, les démographes disposent d'un code éthique, qui fut distribué lors du congrès mondial de démographie, organisé par l'IAOS, à Montreux, du 4-8.09.2000. C'est un bon exemple de «*soft-law*» qui vient concurrencer le droit officiel, dès lors que l'on sait que la plupart des participants à ce congrès ont, par ailleurs, la qualité d'officier public. Il faut préciser qu'il s'agit, matériellement, davantage d'une complémentarité que d'une concurrence, les «règles éthiques» allant souvent plus loin que le droit «officiel», dans le sens de la protection des personnes. Cf. les communications faites au cours d'une session intitulée: «Protection of personal data collected and processed for statistical purposes» (à paraître).

consécutives à des actions contradictoires opérées par des normes de même niveau, qui coexistent sur le même champ normatif. Il ne serait pas difficile, sur le champ que nous avons dessiné, d'identifier des effets contradictoires de cette nature. La prise de conscience de leur existence constitue un résultat intéressant et utile. Ainsi, par exemple, il est possible de montrer que la jurisprudence du Tribunal fédéral favorable à la diffusion d'informations concernant les données fiscales contrevient directement au but de la LPD, lequel tend à protéger les sujets de droit, donc aussi les contribuables, contre la diffusion d'informations les concernant¹⁰. Il est à notre avis clair que la publication par la voie de la presse de listes de contribuables constitue une violation de la LPD sous l'angle des principes de finalité et de proportionnalité. Cet exemple montre qu'il est possible et intéressant d'évaluer la performance d'un dispositif normatif, en l'occurrence la LPD, même si l'on sait que par ailleurs d'autres normes juridiques coexistent sur le même terrain normatif et rivalisent d'effets (en l'occurrence, négativement) avec la règle légale qui fait l'objet de l'évaluation.

IV. Comment faut-il prendre en compte l'auto-évaluation?

On peut lire, année après année, les rapports d'activité du Préposé fédéral à la protection des données¹¹. Ces documents ne contiennent pas seulement des données statistiques révélant l'ampleur de la tâche accomplie par le Préposé et ses collaborateurs. Le Rapport est constellé de descriptions qui font état des difficultés et des stratégies adoptées, de relations anecdotiques mais vivantes des problèmes rencontrés, avec mention de ce que cette autorité considère, souvent avec humilité, comme étant les limites de son action. Il conviendrait d'évaluer cette évaluation car l'obligation de fournir un rapport constitue l'une des belles réalisations de l'idée selon laquelle l'aval législatif mérite en tout cas autant d'attention que l'amont. Du point de vue de ce qu'est devenue la discipline à laquelle nous consacrons ces lignes, le document mentionné a

¹⁰ ATF 124 I, p. 176 ss.

¹¹ Ainsi, on peut consulter actuellement, également sur Internet, le 7^{ème} Rapport d'activités 1999/2000. Le Préposé fédéral à la protection des données est tenu, selon les termes de l'art. 30 LPD, de fournir périodiquement au Conseil fédéral un rapport sur son activité. Il est aussi fait état des contacts internationaux que la Suisse entretient par l'intermédiaire de cette administration (Conseil de l'Europe, UE, OCDE, principalement).

cependant un statut hybride et présente certaines lacunes. L'instance d'évaluation n'est qu'interne et ne s'avère ni contradictoire, ni «pluraliste»¹². Ces particularités, auxquelles il serait relativement facile de remédier, ne privent pas ce document d'intérêt. Il a souvent des accents de vérité qui ne trompent pas. La tâche à laquelle le Préposé est actuellement attelé est devenue démesurée. On a parfois l'impression que le bateau prend l'eau, pas vraiment de toutes parts, mais en tout cas dans tout le domaine qui nous intéresse particulièrement ici, c'est-à-dire celui qui a trait à l'invasion de la vie privée consécutive à la propagation exponentielle des médias électroniques interactifs. C'est certainement dans ce domaine que les problèmes les plus difficiles se posent actuellement. Le Préposé ne désarme pas mais son combat courageux ressemble un peu à celui de Don Quichotte qui se lance contre les moulins à vent. Il reconnaît (implicitement) que la déferlante passe sans qu'il puisse faire grand-chose¹³. On peut d'ailleurs souvent lire ou entendre que ce moyen de communication boulimique constitue une «zone de non-droit»¹⁴. C'est en tout cas faux si l'on se réfère aux dispositions du Code pénal qui pourraient d'ores et déjà afficher l'ambition de faire régner l'ordre dans ce domaine¹⁵. C'est vrai, par contre, si l'on se réfère aux statistiques d'application de ces textes. C'est au point que le Tribunal fédéral lui-même, oubliant dans ses considérants jusqu'à l'existence de la LPD et les efforts de son Préposé, en

¹² L'étiquette «pluraliste» convient à des évaluations qui empruntent des méthodologies très différentes. L'idée générale peut s'exprimer dans les termes très simplifiés suivants: il s'agit de faire état des avis émis par les diverses catégories d'acteurs impliqués, qui sont appelés à donner leur point de vue dans le cadre d'une recherche, sous le contrôle d'une «instance» qui gère tout le processus d'évaluation. Pour la justification théorique de cette approche, cf. notamment IOANNIS PAPADOPOULOS, *Complexité sociale et politiques publiques*, Paris 1995, p. 126 ss.

¹³ Voici un exemple: «Bon nombre d'entreprises rassemblent déjà des données personnelles sur leurs clients. Leur but: mettre sur pied des banques de données pour personnaliser leur offre. Si les consommateurs n'en sont pas informés, leur confiance s'en trouve atteinte» (Rapport cité, note n° 11, p. 157). On a envie de demander au Préposé ce qu'il souhaite entreprendre et propose pour restaurer cette confiance.

¹⁴ Ainsi, par exemple, «J'achète mieux»: «[...] il n'y a pas encore du tout de protection légale sur Internet» (www.abe.ch/archive/00/000314.html).

¹⁵ Cf. Un avis de la Police fédérale (avril 2000) qui concerne «La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet» (www.admin.ch/bab/f/archiv/berichte/weitere/2000-05-15-f-internet-isp.pdf). Il faut au moins (mais ce n'est qu'un bon exemple) citer l'art. 179^{novies} CPS: «Celui qui aura soustrait d'un fichier des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité qui ne sont pas librement accessibles sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende». Cette disposition n'a jamais été appliquée, du moins si l'on se réfère aux informations délivrées à ce sujet par l'Office fédéral de la statistique.

vient à découvrir que les utilisateurs de cet instrument à la mode sont pratiquement sans défense face à la violation de leur vie privée¹⁶.

Les rapports du Préposé sont donc des documents de base intéressants qui mériteraient cependant d'être à tout le moins complétés par des évaluations externes faisant état du point de vue des personnes protégées, ainsi que des commerçants ou des administrations qui éprouvent des difficultés à respecter les principes posés par cette législation. De telles enquêtes, pluralistes, publiques, existent dans de nombreux pays (cf. *infra*) et il est regrettable que la Suisse, dans ce domaine comme dans d'autres, accumule un retard inquiétant. Les pays de l'Union européenne collaborent intensivement sur le thème de la comparaison et de l'harmonisation de leur politique en matière de protection des données¹⁷. La recherche comparative pourrait et devrait suivre les évolutions, tant en ce qui concerne le domaine du fait que celui du droit. Il est intéressant de constater que les instances européennes ont pris acte avec satisfaction de l'état de la législation suisse¹⁸. Le constat porte sur l'état *théorique* de la législation qui, évidemment, était satisfaisant dès l'entrée en vigueur de la LPD. Le tableau serait moins rose si la réalité de l'application des normes était prise en considération.

¹⁶ C'est ce que nous pouvons déduire de l'extrait suivant tiré d'une décision très récente: «Das Kommunikationssystem des Internet-Verkehrs soll dem Vernehmen nach keine gleichartige Vertraulichkeit gewährleisten können wie etwa die Telefon- oder Telegrafiedienste. Der Benutzer müsse sich vielmehr bewusst sein, dass seine Mitteilungen von Drittbenedutzern abgefangen bzw. zur Kenntnis genommen werden können» (ATF 126 I, p. 65).

¹⁷ On peut prendre connaissance avec profit de l'ensemble des travaux du «Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel», institué par l'art. 29 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des individus à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOL 281, 23 novembre 1995, p. 31. Disponible à l'adresse suivante: www.europa.eu.int/comm/dg15/fr/media/dataprot/index.htm

Ce groupe émet des «Rapports annuels» qui font le point concernant cette protection en Europe. Il y est aussi question des «Dialogues avec les pays tiers», sur les problèmes relatifs à la protection des données. On voudrait que ces «dialogues» portent plus sur la protection qui se réalise effectivement et moins sur l'état de normes qui n'existent le plus souvent que sur le papier.

¹⁸ Cf. Avis n° 5/99, émis par le «Groupe» cité à la note n° 17, adopté le 7 juin 1999 (doc 5054/99/final, WP22), disponible à l'adresse Internet indiquée.

V. Quelles pistes pourrait-on proposer pour compléter le tableau donné par l'auto-évaluation?

CHARLES-ALBERT MORAND considère avec raison que l'évaluation législative peut tirer profit de méthodes «légères», peu coûteuses et qui sont susceptibles d'être menées rapidement¹⁹. Quelques démarches qui se traduisent par l'envoi de lettres de demandes de renseignements constituent une enquête de terrain à la portée d'un chercheur qui prépare une communication à un colloque. On peut aussi interpellier directement certaines administrations fédérales pour obtenir d'elles des informations statistiques ayant trait à leurs pratiques en matière de traitement des données personnelles. La loi elle-même donne aux citoyens des droits que le chercheur peut mobiliser aux fins de sa recherche. Il n'est donc pas toujours nécessaire de mobiliser une méthodologie coûteuse. La multiplication de ces démarches ponctuelles finit aussi par procurer une bonne connaissance de l'objet. Ainsi, par exemple, on a déjà pu établir par de telles méthodes qu'il n'est pas à la portée d'un citoyen ordinaire de suivre à la trace la circulation des informations qui concernent sa situation patrimoniale. Vraies ou fausses, licites ou illicites, ces données sont traitées par des voies informatiques. En pratique, il n'est pas possible d'être assuré que l'information concernant une personne déterminée circule d'une manière qui respecte les principes de la bonne foi et de la proportionnalité²⁰. On pourrait établir sans peine, par le recours aux mêmes méthodes «légères», que les entreprises qui invoquent le consentement de la personne protégée obtiennent une adhésion bien formelle et mécanique. On peut en tout cas émettre l'hypothèse (facile à vérifier) que ce consentement est le plus souvent fort peu éclairé. Ces procédés qui confèrent au traitement une apparence de licéité sont en passe de généralisation et de normalisation dans l'indifférence générale en Suisse. Les travaux cités révèlent d'ores et déjà, sans doute possible, que le fossé entre la

¹⁹ «L'ampleur des investigations doit parfois être limitée, parce que les moyens matériels sont insuffisants. Des évaluations légères peuvent dans ce cas se justifier, parce qu'elles permettent au moins d'initier une réflexion sur l'appréciation des effets». CHARLES-ALBERT MORAND, «Formes et fonctions de l'évaluation législative», in: *LeGes* 1999/2, p. 83.

²⁰ Pour un exemple, cf. NICOLAS TSCHOPP, «Les renseignements économiques et la loi fédérale sur la protection des données», publication 2000 du 3^{ème} cycle romand de droit (à paraître). Au sujet de la circulation de l'information concernant le surendettement, cf. nos développements in: «Insolence, désendettement et redressement», *Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves*, Bâle 2000, p. 216 ss.

loi et la pratique est en train de s'élargir. Il ne serait pas difficile de compléter le tableau et de réaliser d'autres enquêtes de ce genre, là où l'informatique est utilisée pour stocker et diffuser des informations qui concernent les personnes privées. Les domaines sont très variés. Il n'y a que l'embarras du choix; ainsi, par exemple, la santé, l'état civil, la police, les assurances privées et sociales, le commerce de détail, la téléphonie mobile, etc. On ne sait plus sous quel angle la vie privée n'est pas contrôlée sous le couvert d'un consentement donné – lorsqu'il l'est – d'une manière factice. Il arrive même qu'il soit complètement présumé²¹.

VI. La réflexion dogmatique peut-elle se mettre au service de l'évaluation législative?

La mise en œuvre d'un dispositif légal est certes intéressante à observer sous l'angle du fait, c'est-à-dire des conséquences socio-économiques directement observables lors de l'application du texte. Des instruments plus proprement juridiques peuvent appartenir aussi au processus général d'évaluation. Ainsi, nous sommes d'avis que certaines approches dogmatiques sont directement utiles dans le cadre du processus d'évaluation. On peut opérer des comparaisons et déceler des incohérences qui affectent le système juridique étatique lui-même. En clair, un raisonnement qui mobilise simplement l'argumentation juridique peut être utile pour mettre en évidence le fait que l'ordre légal, considéré dans son ensemble, n'est pas cohérent. Des considérations qui sont du seul ordre du discours sont comparées les unes aux autres (messages, considérants d'arrêts du Tribunal fédéral, doctrine). Il y a un problème de cohérence lorsque, dans un domaine juridique déterminé, la loi pose des devoirs dont l'accomplissement entraîne la violation d'obligations qui existent en vertu d'autres dispositifs légaux. L'argumentation juridique permet alors d'identifier des contradictions qui sont autant de dysfonctionnements programmés. La démarche peut aussi être qualifiée de «légère» du point de vue méthodologique. Il suffit de lire d'une manière critique les objectifs affichés par *différents* dispositifs légaux et, surtout, de procéder à une étude *comparée* des décisions de justice prises dans des domaines qui possèdent des caractéristiques communes. Les juges sont passés maîtres dans l'art consistant à

²¹ Pour des exemples, cf. notre contribution (note 20), p. 213.

opérer des qualifications qui masquent ces contradictions. Il est très facile, dans le domaine qui nous intéresse, de mettre en évidence le fait que le Tribunal fédéral adopte des interprétations qui, dans ce champ spécifique de la protection des données personnelles, soumettent les justiciables à des obligations contradictoires. Il suffit de ne pas craindre les pièges discursifs pour être en mesure de dénoncer ces incohérences qui sont aussi nombreuses qu'indiscutables. La complexité générale du système légal est telle que ces situations se multiplient, à notre avis d'une manière dangereuse, à l'époque actuelle. Le phénomène est d'autant plus marqué que les différentes Cours du Tribunal fédéral ne peuvent plus, à l'évidence, assumer la charge d'une véritable coordination interdisciplinaire. Ainsi, par exemple, les juges de la Chambre pénale incitent directement les donneurs de crédit à mettre au point un système de fichage des détenteurs de cartes qui, s'il est mis en œuvre avec rigueur, constituera un traitement des données personnelles violant la sphère privée desdits détenteurs²². Ces situations sont loin d'être exceptionnelles. Nous avons déjà montré qu'il en va de même concernant la dialectique qui oppose la transparence fiscale voulue par une Chambre du Tribunal fédéral²³ à la protection de la liberté personnelle dont la nécessité est reconnue dans d'autres occasions très analogues. En d'autres termes il est, selon les circonstances, tantôt licite et tantôt illicite de procéder à la publication de données personnelles qui ont trait à la sphère privée patrimoniale. Licite s'il s'agit d'informations fiscales, illicite s'il s'agit de publier d'autres informations. Il ne faut pas s'étonner, dans ces circonstances, que la pratique en vienne à réagir avec une certaine désinvolture face aux nécessités de mettre en œuvre les principes fondamentaux de la LPD.

Ces considérations concernant l'importance d'une certaine cohérence systémique du droit étatique ne s'épuisent pas avec ces quelques critiques à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il est encore possible de mener une réflexion de cette nature sous l'angle de la politique juridique. Les lacunes qui se présentent dans l'accomplissement du programme normatif de mise en œuvre de la LPD sont faciles à identifier. Un nombre important de lois et de règlements devraient être modifiés pour être rendus compatibles avec les exigences de la protection des données. On attend toujours. Il n'est

²² Cf. un arrêt du Tribunal fédéral typique à cet égard, concernant l'art. 148 CPS, SJ 2000 I, p. 225 ss.

²³ Cf. note n° 10.

pas compliqué de montrer ces dysfonctionnements. La méthode consiste à comparer ce qui est réalisé avec le programme initialement prévu. Ces considérations sont de l'ordre de la *technique législative*, tout simplement. On observe ainsi facilement que l'Etat, en tant qu'organisation, ne donne pas toujours le bon exemple puisque certains services publics n'ont pas encore été touchés par l'obligation d'avoir une activité conforme à ce qui est prescrit par la LPD. Il n'y a pas loin de dix ans que le texte légal est en vigueur. On comprend fort bien que le code ADN des délinquants puisse être communiqué pour les besoins d'une enquête pénale (selon un logiciel du nom de «Codis», procuré au Département fédéral de justice et police par le FBI). On comprend moins bien que des procédures tendant à garantir l'exercice de prétentions ordinaires n'aient pas encore fait l'objet de mesures de protection réellement efficaces²⁴. L'ensemble de ces incohérences ne peut, évidemment, que fragiliser le modèle législatif qui apparaît d'autant plus «facultatif» que les administrations elles-mêmes peuvent encore se soustraire légalement à son application. Il n'est pas besoin d'être grand clerc en méthode des sciences sociales pour mettre en évidence l'importance de tels dysfonctionnements. Il suffit de mobiliser l'esprit critique d'un juriste qui refuse de se laisser enfermer dans les différents cloisonnements disciplinaires. Ce jugement, exercé à l'intérieur du droit, est en lui-même un instrument méthodologique fort utile pour l'évaluation législative.

VII. Que devient l'évaluation de la loi de l'Etat lorsque les frontières disparaissent?

C'est actuellement – mais pas depuis très longtemps – un lieu commun de dire que l'avènement des nouvelles technologies électroniques de la communication a entraîné un processus «d'internationalisation de la normalisation»²⁵. Cette révolution entraîne aussi de lourdes conséquences en matière de protec-

²⁴ On peut citer quelques bons exemples en droit de la sécurité sociale, notamment, en ce qui concerne certaines incohérences de cette nature, qualifiées de «presque tragi-comiques»; cf. NICOLAS JEANDIN, «Bulletin des préposés aux poursuites et faillites», 62 (1998) n° 3, p. 81 ss.

²⁵ Pour reprendre l'expression de KATIA BOUSTANY, «Mondialisation et mutations normatives: quelques réflexions en droit international», in: FRANÇOIS CRÉPEAU (sous la direction de), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruxelles 1997, p. 41.

tion des personnes contre l'appropriation sauvage de données personnelles²⁶. Les frontières étatiques sont abolies en fait dès lors que des banques de données entières circulent, en quelques secondes, dans le monde entier. Les efforts nationaux de contrôle de ces flux, lorsqu'ils sont tentés, paraissent dérisoires et désespérés face à l'ampleur du risque encouru par les personnes. Quelques autorités étatiques tentent de défendre certains intérêts essentiels du point de vue de l'ordre public, traquent la pédophilie, plus rarement la propagande néonazie²⁷. Il apparaît cependant que les dangers qui menacent les citoyens ordinaires n'intéressent à peu près personne en Suisse, actuellement²⁸. Il faut oser dire que des milliards d'informations circulent sans contrôle et il semble évident que ces traitements dépassent la capacité de réaction des autorités. Des recherches utilisant Internet et portant précisément sur les libertés qui sont prises sur ce média mériteraient d'être faites en Suisse. Des travaux de cette nature sont couramment effectués dans certains pays étrangers et les résultats sont particulièrement intéressants pour identifier les dangers et les remèdes possibles²⁹. Une évaluation locale de la situation serait nécessaire. Les potentialités extraordinaires d'Internet seraient ainsi exploitées dans la

²⁶ La presse, spécialisée ou non, fait la relation des innombrables possibilités d'atteinte aux droits des personnes, de violations graves, systématiques, de leur intimité. Une revue de presse, encore une «méthode légère», constitue une source d'informations plus révélatrice de la situation réelle que ne peuvent l'être les rapports officiels disponibles. Ainsi, par exemple: «Notre vie privée sous surveillance sur le Net» (Web magazine, oct. 1999); «Who watches the Web?» (Time, April 19, 1999); «Grâce à l'informatique, le fichage des citoyens s'est généralisé»; (Largeur: www.largeur.com/expArt.asp?artID-37); «Employés, vous êtes espionnés» (L'Hebdo, 8 fév. 2001), etc.

²⁷ Une organisation privée de défense des consommateurs diffuse une information régulièrement mise à jour sur la situation légale dans la plupart des pays du monde et au plan international: *Electronic privacy information center* (www.epic.org/privacy&humanrights99). Elle distribue des informations de qualité, qui constituent une source de premier ordre pour comprendre la dimension mondiale des problèmes évoqués. En droit suisse, concernant la responsabilité pénale de l'Internet-Access-Provider, cf. www.ofj.admin.ch/themen/ri-it/access/intro-f.htm.

²⁸ Les déclarations du Préposé fédéral à la protection des données concernant les «Éléments clés du développement du commerce électronique» révèlent une prise de conscience du fait que la dimension internationale est incontournable. On découvre aussi ... entre les lignes, un certain scepticisme: «Les mesures destinées à mettre l'utilisateur en confiance (notamment la protection de la vie privée) doivent être efficaces» (Rapport 1999/2000, p. 157). Effectivement, des dispositifs dont personne ne contrôle l'application ne servent à rien, ... sinon à endormir la (bonne) conscience de leurs auteurs.

²⁹ Ainsi par exemple: *Beyond Concern: Understanding Net Users'Attitudes About Online Privacy*. (www.research.att.com/library/trs/TRs/99/99.4/99.4.3/report.htm) ou encore: «online credit fraud/misuse hits 6 millions» (www.natconsumersleague.org/NCLSURV5.HTM).

perspective de procéder à une mesure de l'effectivité des règles de la LPD. C'est bien de cela qu'il s'agit puisque cette loi ne peut pas ne pas avoir l'ambition de régir les traitements de données personnelles qui s'effectuent de cette manière. L'universalisation de la problématique n'est d'ailleurs pas qu'un handicap. Il est, à certains égards, réconfortant de savoir que les mêmes problèmes se posent partout. Les expériences étrangères sont autant d'acquis pour la recherche nationale. Certes, les principes législatifs qui prévalent dans chaque pays diffèrent considérablement et l'on en vient à se demander si ces velléités locales de contrôle par des puissances étatiques sont encore bien réalistes. On ne peut pourtant pas nier la réalité politique du monde actuel, sous prétexte de réalisme. C'est encore les Etats qui sanctionnent les comportements illicites ... lorsqu'ils le peuvent! Il convient dès lors de comparer les résultats obtenus par les différentes autorités nationales. On sait qu'actuellement les philosophies politiques qui dominent en Europe et aux Etats-Unis sont très différentes. Celles-ci génèrent des habitudes qui se traduisent par l'adoption de techniques de régulations particulières. On peut étudier cette diversité dans le cadre de l'évaluation législative. Ainsi, les performances des lois sur le continent européen pourraient être comparées à celles qu'accomplissent d'autres modes ou d'autres stratégies normatives en Amérique du Nord. Il serait, par exemple, intéressant de comparer l'efficacité des lois continentales à celle des instruments d'autorégulation qui sont adoptés, en première analyse, sur le continent nord-américain³⁰. Ce qui compte, en vérité, c'est la qualité de la protection des libertés personnelles. Il n'est pas exclu qu'Internet – précisément parce qu'il comporte une dimension universelle – constitue un champ privilégié pour évaluer d'une manière comparative les performances de techniques de régulation fondamentalement différentes. Notre intuition – après avoir étudié une petite partie de la documentation disponible sur ce média – est que la comparaison pourrait apporter quelques sur-

³⁰ La «*Federal Trade Commission*» organise périodiquement des évaluations qui portent sur les progrès de l'autorégulation («*Code of Practice*», par exemple, celui de l'*Internet Industry Association*). Il s'agit de véritables enquêtes de terrain. Ainsi, la «*Privacy Online: A Report to Congress ('1998 Report')*» consistait en une enquête extensive portant sur 1400 «*Web sites*» commerciaux. Cf. la description méthodologique et les résultats in: «*Prepared Statement of the Federal Trade Commission on Self-Regulation and Privacy Online*» (www.ftc.gov/os/1999/9907/pt071399.htm). Après de telles études, le jugement que l'on porte sur la nécessité d'une intervention législative corrective est fondé sur une certaine connaissance de la réalité. C'est cette approche qui fait défaut, en Europe.

prises. Nous avons l'impression qu'en l'état actuel des choses la police auto-organisée par les commerçants spécialistes d'Internet, aux Etats-Unis, est d'ores et déjà plus efficace que celle qui existe en Europe, sous le couvert d'une législation de droit public, existante sur le papier mais largement ineffective, en réalité. Il ne s'agit certes que d'une hypothèse. Elle mériterait d'être confirmée ou infirmée. Les grandes proclamations de principe émanant des plus hautes instances politiques européennes, toujours animées de bonnes intentions, pourraient bien ne rien changer à cet état de chose³¹.

VIII. Recherche action – recherche participation; quels partenaires pour une telle démarche?

La dissociation entre l'instance technocratique et l'instance politique est, en Europe, et plus particulièrement en Suisse, un facteur majeur d'inefficacité des législations qui tendent à protéger les personnes contre les «fichages», privés ou publics, auxquels elles sont de plus en plus exposées. Les instances administratives qui tentent d'organiser la protection font preuve de bonne volonté mais elles sont nécessairement sous-équipées. La crise qui a récemment secoué l'instance fédérale chargée de coordonner l'action contre le blanchiment d'argent peut être citée comme un exemple paradigmatique³². L'enfer est pavé de bonnes intentions. Les beaux principes ne servent à rien lorsque leur application dépend de compétences administratives que l'Etat ne veut pas ou ne peut pas se payer. Nous avons cherché à savoir comment cette autorité collabore avec les services du Préposé fédéral à la protection des données pour la mise en œuvre des principes légaux applicables au traitement

³¹ Nous visons certaines dispositions du Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 28 septembre 2000, par exemple son art. 7, qui consacre le droit au «Respect de la vie privée et familiale», ainsi que son art. 8 al. 1, au terme duquel «Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant» (fundamental.rights@consilium.eu.int).

³² La LBA est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998. Selon diverses déclarations faites à la presse, le Département fédéral des finances songe à modifier cette législation, qui est généralement considérée comme inapplicable. Une réforme en profondeur de l'Autorité de contrôle a été décidée, comme suite au départ de la moitié de ses effectifs. 550 demandes d'affiliations directes sont toujours en suspens (cf. déclaration du porte-parole de cette autorité, Tribune de Genève des 30 novembre 2000, 19 décembre 2000, etc.).

des informations personnalisées qui circulent dans ce contexte³³. Le résultat d'une telle investigation – qui n'a coûté qu'un échange de correspondance – n'est pas rassurant.

En l'état, on peut au moins émettre le vœu que d'autres modes d'intervention soient mis à l'épreuve ou étudiés sérieusement. Il faudrait en tout cas évaluer l'intérêt que pourrait avoir une régulation auto-consentie au niveau des principes et auto-concertée au niveau de sa mise en œuvre. Le Préposé à la protection des données y a d'ailleurs déjà pensé et son dernier rapport y fait allusion³⁴. C'est ici que la méthode de l'évaluation pluraliste pourrait être appelée à la rescousse. Tous les ingrédients sont présents pour qu'une telle tentative soit menée avec de bonnes chances de succès. Les partenaires sont relativement faciles à identifier et sont d'ores et déjà groupés en association professionnelle. La haute technologie qui est en cause pour le traitement des données exige certainement une adaptation du langage normatif. La technique instaure aussi un langage commun. Il nous paraît dès lors que la mission essentielle de l'administration devrait consister dans la promotion de solutions conventionnelles. Il s'agirait de regrouper les partenaires, d'étudier des systèmes de sauvegarde qui sont technologiquement possibles et de promouvoir leur généralisation par diverses stratégies normatives. La politique activement menée par la *Federal Trade Commission* des Etats-Unis constitue un modèle dont il vaudrait la peine de s'inspirer. Dans ce pays, cette instance cherche à promouvoir, dans un premier temps avec le concours de chercheurs universitaires, une recherche qui tend à évaluer l'efficacité des conventions passées entre partenaires commerciaux. Dans un deuxième temps, elle brandit la menace d'une intervention de droit public, qu'elle *diffère* tant qu'elle a le sentiment que les milieux économiques, aiguillés par la *menace*, progressent dans la voie des limitations auto-consenties³⁵. La fonction des chercheurs

³³ En vertu de la loi, une coordination des activités administratives doit s'instaurer entre les services du Préposé à la protection des données et le Bureau de la communication LBA (art. 33 LBA et 5 al. 2 LPD). Nous pouvons d'ores et déjà affirmer qu'une meilleure coordination de ces activités administratives serait souhaitable. La recherche pluraliste offrirait un cadre adéquat. Elle peut induire une meilleure collaboration ultérieure. C'est un des bénéfices que peut procurer cette méthode.

³⁴ Cf. 7^{ème} Rapport (1999-2000), p. 158.

³⁵ Cf. par exemple, cf. *Georgetown Internet Privacy Policy Survey: Report to the Federal Trade Commission*, June 1999 (www.msb.edu/faculty/culnanm/gippshome.html). Le Rapport au Congrès, émis par la *Federal Trade Commission* en juillet 1999, préconise encore «*the self-regulation model*». Il paraît cependant probable que le Congrès des Etats-Unis en vienne à adopter, cette année encore, «*a major privacy bill*», imposant

universitaires mérite particulièrement d'être mise en évidence. Les problèmes ne sont pas gérés par le seul face à face entre les milieux économiques et l'instance technocratique. La recherche peut revendiquer, dans ce secteur comme dans beaucoup d'autres aux Etats-Unis, la fonction de médiateur³⁶, tant il est vrai que les faits, les données objectivement établies, ont un pouvoir de conviction de plus en plus fort à notre époque. De ce point de vue, la fonction actuelle du Préposé est ambiguë. Ses activités mériteraient d'être relayées, étayées, confortées par la mobilisation de collaborations externes. Son action devrait être politiquement soutenue.

IX. Quelle stratégie pour la défense d'une liberté positive?

Dans le même ordre de considérations, il y a lieu d'indiquer que la recherche pourrait solliciter le concours des partenaires protégés par les règles actuelles. Eux aussi, nous semble-t-il, baissent singulièrement les bras face à l'occupation de ces nouvelles «zones de non-droit». Les représentants des consommateurs de ces services pourraient et devraient aussi être mobilisés pour une protection plus efficace de ces droits qui méritent d'être défendus d'une manière active. Notre sujet propose de belles illustrations pour la thèse selon laquelle certaines libertés doivent être «positivement» défendues, sous peine de ne plus ou de ne pas exister³⁷. La recherche pourrait être un instrument de promotion d'une telle politique. Les citoyens, regroupés au sein d'associations qui défendent les utilisateurs, auraient tort de se priver de participer à la défense de leurs intérêts. A nouveau le modèle américain mérite d'être pris en considération. Les associations nord-américaines de protection des consommateurs ont montré, sur ce terrain comme sur tant d'autres, qu'une action

diverses «*Internet privacy rules*», car l'une des plus importantes associations de professionnels (*American Electronics Association*) vient de changer sa stratégie à ce sujet. Elle préfère une législation fédérale à l'obligation de respecter les 50 législations des Etats (cf. *Wall Street Journal Europe*, 19-20 janvier 2001, p. 22). Ce combat a déjà une longue histoire aux USA, cf. à ce sujet europa.eu.int/comm/internal-market/en/media/dataprot/studies/npanstudy.pdf.

³⁶ Cf. concernant la question du rapport entre «L'évaluation et la médiation», la contribution de HELMUT WEIDNER/PETER KNOEPFEL, in: BUSSMANN/KLÖTI/KNOEPFEL (éd.), *Politiques publiques, Evaluation*, Paris 1998, p. 151 ss.

³⁷ Concernant cette nouvelle acception de la liberté, cf. les développements de FRANÇOIS OST, *Le temps du droit*, Paris 1999, p. 319.

militante, utilisant les armes judiciaires disponibles, contribue efficacement à la solution des problèmes³⁸.

Les travaux d'ores et déjà à disposition sont suffisants pour montrer le chemin. Une politique juridique efficace passe nécessairement par une collaboration de tous les milieux concernés sur le terrain de la recherche. Une instance pluraliste d'évaluation pourrait regrouper les représentants des milieux économiques, ceux qui militent pour la protection des consommateurs et, enfin, les représentants de l'administration responsable. Il nous paraît d'ores et déjà acquis que la mise en œuvre d'une telle activité de recherche est le préalable nécessaire à une revitalisation et à une réorientation de cette réglementation.

³⁸ Cf., par exemple, le texte de *EPIC Files FTC Complaint against Double Click* (2/10/00) Alleges «*Deceptive and Unfair Trade Practices*» in *Online Data Collection* (www.epic.org/privacy/internet/ftc/DCLK_comp_pr.html).

On apprend aussi que la première «class action» a été intentée, en Californie, contre *Real Networks* par un million d'utilisateurs qui réclament 500 millions de dollars de dommages intérêts (cf. *Time*, 31 juillet 2000, p. 39). A coup sûr, l'efficacité de moyens de ce genre mériterait au moins d'être étudiée chez nous, sans condescendance, sans mépris préconçu. Un certain rapprochement se dessine d'ailleurs entre ces diverses conceptions puisque l'Union européenne (à tout le moins la Commission) a passé une convention de sauvegarde avec les autorités américaines en vertu de laquelle les mesures d'autorégulation US s'appliquent en Europe aux activités des entités américaines. Cf. le texte de ce «Safe harbour pact» in: (europa.eu.int/comm/internal_market/eu/media/dataprot/news/datations/htm).

LA RÉDACTION DES NORMES PÉNALES: UNITÉ OU FRAGMENTATION?

MICHEL VAN DE KERCHOVE

Recteur des Facultés universitaires Saint-Louis
Professeur ordinaire à la Faculté de droit

Introduction

Le processus de rédaction des normes pénales soulève de nombreuses et importantes questions de légistique qui pourraient directement et utilement s'appuyer sur les remarquables travaux que CHARLES-ALBERT MORAND a consacrés à de multiples aspects de cette problématique générale. Qu'il veuille bien m'excuser cependant de me limiter à une question très spécifique qui, tout en ne se situant pas directement dans leur sillage, relève à la fois de cette problématique et d'une autre, à laquelle il a consacré de pénétrantes réflexions, celle de la sanction¹.

La question qui sera abordée est celle du degré d'unité ou de fragmentation du processus de rédaction des normes pénales. Cette question en suscite elle-même une seconde en amont – quels sont les types de normes que l'on peut considérer comme «pénales»? – ainsi qu'une autre en aval – quels sont les principaux enjeux liés à la fragmentation progressive, au moins partielle, du processus, à laquelle nous assistons aujourd'hui?

I. Unité ou diversité des normes pénales?

La première difficulté à laquelle se trouve confronté celui qui entend étudier les normes pénales réside dans la question de savoir si celles-ci appartiennent à un type unique ou à une pluralité de types différents.

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «La sanction», *Archives de philosophie du droit* (35), 1990, p. 293-312.

Pour se limiter à l'essentiel, on peut considérer que cette question a fait l'objet d'au moins trois réponses divergentes.

1. La première réponse ramène toutes les normes pénales à un modèle unique: celui des normes *sanctionnatrices*. Telle était déjà la position adoptée par ROUSSEAU et PORTALIS lorsqu'ils affirmaient que «les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres»². Elle apparaît également chez certains sociologues comme DURKHEIM, pour qui «le droit pénal [...] n'édicte que des sanctions, mais il ne dit rien des obligations auxquelles elles se rapportent. Il ne commande pas de respecter la vie d'autrui, mais de frapper de mort l'assassin»³. Elle a encore été consacrée par certains pénalistes, comme ROUX⁴ et GARRAUD⁵, en France, ou PRINS⁶, en Belgique.

La version extrême de cette position consiste à en conclure que seules existent des normes prescrivant aux agents publics d'appliquer une sanction à certaines conditions, sans que les particuliers eux-mêmes soient obligés d'adopter aucune conduite particulière, comme le suggère l'affirmation de KELSEN selon laquelle «ce qui 'doit être', ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction»⁷.

La version modérée de cette position, en revanche, consiste à admettre, comme l'a également fait KELSEN lui-même, que «le caractère obligatoire de la sanction inclut de soi la prohibition de la conduite qui est la condition spécifique de la sanction, donc la prescription de la conduite contraire», tout

² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris 1963 (coll. 10/18), p. 100; JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, «Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement», in: P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, I, Paris 1827, reproduit, Osnabrück 1968, p. 478.

³ ÉMILE DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris 1893, réédition 1973, p. 41.

⁴ JEAN-ANDRÉ ROUX, *Cours de droit criminel français*, tome I, 2^{ème} éd., Paris 1927, p. 13.

⁵ RENÉ GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome I, 3^{ème} éd., Paris 1913, p. 203: «Il n'appartient pas au droit pénal de régler; il lui appartient de sanctionner».

⁶ ADOLPHE PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles 1899, p. 80.

⁷ HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^{ème} éd. par Ch. EISENMANN, Paris 1962, p. 35.

en considérant cependant que cette norme de conduite implicite n'a pas un caractère pénal⁸, voire même qu'elle n'aurait aucun caractère juridique⁹.

Bien que cette version modérée soit elle-même discutable, comme nous le verrons, elle semble logiquement plus convaincante que la précédente, car elle permet seule de distinguer une norme sanctionnatrice, au sens strict du terme, de toute autre norme prévoyant l'application d'un mal ou d'un acte de contrainte n'ayant pas la nature d'une sanction. En effet, comme l'a reconnu KELSEN lui-même, «les normes qui instituent un acte de contrainte n'ordonnent pas toutes une certaine conduite, plus précisément la conduite contraire; seules le font celles qui ordonnent l'acte de contrainte comme réaction contre une certaine conduite humaine, autrement dit: comme sanction»¹⁰. De plus, comme l'a fait remarquer DABIN, «si les agents publics ont à appliquer la règle, c'est justement parce que les sujets, particuliers ou fonctionnaires, ne l'ont pas observée alors qu'ils y étaient obligés»¹¹ et «ce n'est pas parce que le droit pénal [...] dispose, s'adressant au juge répressif, que l'assassin sera puni de mort, qu'il est licite aux sujets d'assassiner»¹².

2. Une deuxième réponse consiste à admettre la diversité des normes pénales, en ramenant celles-ci à deux types différents: des normes sanctionnatrices, sans doute, mais également des normes de conduite, catégorie dont la position précédente niait l'existence, à tout le moins en droit pénal. Cette division bipartite se trouve apparemment adoptée par de nombreux pénalistes, mais on peut se demander si les termes qu'ils utilisent ne manifestent pas souvent une confusion entre les normes de conduite proprement dites et ce qui, comme nous essayerons de le montrer, devrait constituer une troisième catégorie de normes, qu'on pourrait qualifier de normes incriminantes ou normes d'incrimination.

⁸ Cf. notamment GARRAUD (note 5), p. 203: «l'infraction [...] n'est pas la violation de la loi pénale, mais la violation des principes, des «normes», protégés par la loi pénale», p. 214: «l'infraction est un fait ordonné ou prohibé par la loi à l'avance»; PRINS (note 6), p. 80: «l'agent qui commet une infraction ne viole pas la loi pénale; il viole le principe qui a donné naissance à l'article du code».

⁹ Ainsi certains auteurs, comme MAYER en Allemagne, ont-ils conçu l'infraction pénale comme la transgression de normes de culture extra-juridiques (cité par JEAN DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg 1955, p. 108-110).

¹⁰ KELSEN (note 7), p. 78.

¹¹ JEAN DABIN, *Théorie générale du droit*, nouvelle édition, Paris 1969, p. 88.

¹² *Ibidem*, p. 89.

Ainsi peut-on citer MERLE et VITU qui, à l'encontre de la position précédente, affirment, à propos du droit pénal, qu'il serait «contraire à la réalité de réduire sa fonction à un rôle purement sanctionnateur. Car il est aussi, sous d'autres aspects, normatif, ou «déterminateur», comme l'on disait au XIX^{ème} siècle. Il crée lui-même des obligations, des règles de fond qu'ignorent les autres lois positives»¹³. Dans le même sens, TROUSSE a pu dire qu'«il est difficile de prétendre que le droit pénal soit exclusivement sanctionnateur. Il est incontestable que le droit pénal crée ou définit des obligations qui, sans lui, n'auraient pas d'existence ou, tout au moins, de définition juridique»¹⁴.

Cette réponse à la question traditionnelle de l'«autonomie normative» du droit pénal par rapport aux autres normes juridiques, ainsi qu'aux normes morales, paraît devoir être confortée, à la condition d'admettre qu'une telle autonomie n'est que relative et peut revêtir des degrés différents selon les cas de figure qu'on peut schématiquement distinguer de la façon suivante.

Dans certains cas, même s'ils sont sans doute relativement rares, la norme de conduite ne préexiste sous aucune forme à l'adoption de la norme pénale sanctionnatrice et se laisse entièrement déduire de celle-ci.

L'autonomie normative du droit pénal par rapport aux autres branches du droit peut ainsi être illustrée par l'exemple classique de l'obligation de porter secours à une personne en danger, qui n'existe juridiquement en Belgique que depuis que le législateur a, en 1961, pénalement sanctionné l'abstention de porter secours à une personne en danger. Même si l'on peut soutenir qu'une telle norme de conduite était déjà consacrée par la morale, elle ne l'était par aucune autre branche du droit. Même si elle préexistait sur le plan moral, tel n'était pas le cas sur le plan juridique.

Dans d'autres cas, cependant, tels que l'obligation pour un automobiliste de rouler à droite, il semble possible d'affirmer que la norme de conduite, sans être pour autant moralement indifférente, ne préexiste ni juridiquement ni moralement à la norme sanctionnant pénalement le fait de ne pas

¹³ ROGER MERLE/ANDRÉ VITU, *Traité de droit criminel*, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Paris 1981, p. 207.

¹⁴ PAUL-EMILE TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, 1, Bruxelles 1956, p. 66.

rouler à droite. L'autonomie normative du droit pénal se manifeste donc ici tant par rapport aux autres branches du droit que par rapport à la morale¹⁵.

Dans d'autres cas encore, sans doute plus fréquents, on peut affirmer qu'une norme de conduite préexiste à l'intervention du droit pénal, mais non sous une forme aussi précise que celle qui se laisse déduire de la norme sanctionnatrice¹⁶. Par rapport à la morale, cette autonomie partielle de la norme pénale se manifeste très souvent et se justifie par le fait évident que «lorsque le droit positif s'empare des critères «métajuridiques», il les assimile selon ses propres besoins»¹⁷. Comme l'affirme ROBERT, à la différence de la morale, «le droit découpe des *segments* comportementaux pour les faire rentrer dans le type crime»¹⁸. PIRES a également fait observer, à juste titre, que, même pour l'homicide, le droit n'incrimine que «certaines formes de causer la mort d'autrui»¹⁹.

Il en va parfois de même par rapport aux autres branches du droit. Ainsi peut-on constater que l'interdiction de soustraire frauduleusement la chose d'autrui ou l'interdiction de receler la chose volée ne sont consacrées, comme telles, par aucune norme juridique extra-pénale, bien qu'elles se trouvent sans doute englobées dans la norme de droit civil plus générale consacrant le droit pour le propriétaire de jouir et disposer d'une chose de la manière la plus absolue, ainsi que l'obligation implicite pour quiconque de s'abstenir de porter atteinte à un tel droit.

La plupart du temps, on peut encore ajouter que la norme pénale ne protège pas les mêmes intérêts que les autres normes ou, tout au moins, qu'elle les protège d'une manière différente²⁰.

¹⁵ En ce sens, cf. également MERLE/VITU, (note 13), p. 207: «on pourrait citer d'autres lois criminelles, telles les lois sur la sûreté de l'Etat ou sur la dénonciation obligatoire des malfaiteurs, qui sont véritablement créatrices d'obligations originales et dont les racines sont étrangères aux lois positives et aux lois morales».

¹⁶ Cf. notamment DURKHEIM (note 3), p. 45: «les règles pénales sont [...]. remarquables par leur netteté et leur précision, tandis que les règles morales ont généralement quelque chose de flottant».

¹⁷ DARBELLAY (note 9), p. 118.

¹⁸ PHILIPPE ROBERT, «Paradigme ou stratégie: Pires et la conception du crime», in: *Déviante et société*, XIX, 3 (1995), p. 269.

¹⁹ ALVARO PIRES, «La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme», in: *Déviante et société*, XVII, 2 (1993), p. 138.

²⁰ TROUSSE (note 14), p. 66: «même quand il assure la sanction d'institutions ou d'obligations en apparence semblables, le droit pénal poursuit un but différent de celui que poursuivent les autres disciplines: il tend à la protection de l'ordre social, tandis que

Dans certains cas, enfin, qui paraissent de plus en plus fréquents dans la législation contemporaine, la norme pénale sanctionnatrice se contente de «renvoyer» à une norme de conduite précise qui se trouve contenue dans des dispositions extra-pénales consacrées soit par le même texte juridique, soit par un texte juridique distinct.

Même si les domaines dans lesquels cette technique devient de plus en plus fréquente font souvent apparaître une autonomie importante du droit par rapport à la morale, ne fût-ce que sur le plan de la précision des règles adoptées, ils tendent en revanche à réduire singulièrement l'autonomie normative du droit pénal par rapport aux autres branches du droit. Dans ce cas, en effet, cette autonomie se limite à l'«intégration»²¹, à la «réception»²² ou à l'«incorporation»²³ formelle, dans le droit pénal, de la norme de conduite à laquelle la norme sanctionnatrice se réfère en sanctionnant sa violation d'une peine.

Dès lors, même si l'on doit admettre que le droit pénal «emprunte» souvent de manière plus ou moins substantielle à d'autres ordres normatifs le contenu des normes de conduite dont il sanctionne la violation, il est possible d'affirmer, avec DARBELLAY, qu'en toute hypothèse, «la norme «supposée» par la loi pénale est en réalité *incorporée, d'une manière particulière*, selon une technique propre, par la loi pénale» et que, à ce titre, «il serait faux de

souvent les autres disciplines juridiques protègent des intérêts particuliers»; CESARE PEDRAZZI, «Le rôle sanctionnateur du droit pénal», in: *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg 1985, p. 17: «la sélection des intérêts dignes de protection pénale obéit à une optique qui ne coïncide pas avec celle des autres branches du droit». On peut ajouter, *a fortiori*, qu'elle ne coïncide pas avec celle des normes morales. En ce sens, cf. PAUL ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles 1982, p. 107: «c'est dans le respect de son ordre propre qu'il agit, c'est-à-dire en tenant compte de la *totalité des intérêts dont il a la charge*».

²¹ PEDRAZZI (note 20), p. 25: «la règle pénalement sanctionnée naît de l'intégration du texte incriminateur avec chacune des prescriptions auxquelles ce dernier fait référence». Cf. également MERLE/VITU (note 13), p. 249: «la norme, dont l'origine est antérieure et extérieure à la loi pénale, s'intègre à elle de façon nécessaire».

²² Cf. MERLE/VITU (note 13), p. 286. Cf. également SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, traduit par L. FRANÇOIS/P. GOTHOT, Paris 1975, p. 130, où l'auteur, sans viser le cas spécifique du droit pénal (qu'on ne peut considérer comme un véritable «ordre juridique», mais seulement comme un «sous-système»), évoque, en des termes analogues, le procédé du «renvoi de réception», par lequel un ordre juridique «affirme qu'une matière donnée est de son domaine, tout en réglant cette matière, non pas directement, mais par ce qu'on pourrait appeler des règles en blanc, que l'ordre auquel on renvoie servira à remplir matériellement».

²³ DARBELLAY (note 9), p. 107.

croire que parce que la loi pénale ne procède pas à la manière des commandements divins ou des lois mosaïques [...] elle n'interdit pas *elle-même* l'acte qu'elle sanctionne de peine»²⁴.

3. Une troisième réponse, enfin, consiste, sans rejeter la distinction qui vient d'être proposée entre normes sanctionnatrices et normes de conduite, à la compléter par une troisième catégorie de normes qu'on peut qualifier d'incriminantes ou d'incrimination.

Cette division tripartite des normes pénales, consacrée par certains auteurs²⁵, permet en effet, semble-t-il, d'éviter une confusion souvent présente chez ceux qui adhèrent à la distinction précédente.

A titre d'illustration, on citera notamment MERLE et VITU qui distinguent, dans la règle de droit pénal, deux éléments essentiels: «l'*incrimination* et la *sanction*»²⁶. Or, l'incrimination est caractérisée par eux tantôt comme étant «la "norme" ou le "précepte"»²⁷, qui contient «un commandement de faire ou de ne pas faire»²⁸, c'est-à-dire la norme de conduite, au sens strict du terme, tantôt comme «la définition, fournie par le législateur, de l'activité ou de l'abstention répréhensible»²⁹, c'est-à-dire la norme qui érige en infraction pénale la conduite *contraire* à celle qui était commandée par cette norme de conduite.

Si l'on peut évidemment considérer qu'il existe un lien logique entre les deux, au sens où l'incrimination explicite d'un comportement présuppose sans aucun doute la consécration implicite de l'interdiction du comportement

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cf. notamment DENISE DETRAGIACHE-TROPER, «Des prescriptions de nature réglementaire correctionnellement sanctionnées», in: *AJDA*, 1978, p. 411 s.; LOUIS FAVOREU, «La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal», in: *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'ANDRÉ VITU*, Paris 1989, p. 180; MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Les frontières des normes pénales», in: *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, sous la direction de ROBERT/SOUBIRAN-PAILLET/VAN DE KERCHOVE, II, Paris 1997, p. 77 ss.

²⁶ MERLE/VITU (note 13), p. 249.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 250.

²⁹ *Ibidem*, p. 249.

contraire³⁰, ce lien est de même nature que celui qui existe entre la norme qui sanctionne une conduite et celle qui prescrit la conduite contraire. La distinction entre la norme de conduite et la norme d'incrimination paraît dès lors tout aussi justifiée que la distinction déjà évoquée entre la norme de conduite et la norme sanctionnatrice. On peut même ajouter qu'elle paraît d'autant plus justifiée que la consécration explicite de normes pénales d'incrimination est beaucoup plus fréquente que celle de normes pénales de conduite et que, d'un point de vue strictement pénal, l'identification de l'incrimination est beaucoup plus essentielle que celle de la conduite correspondante.

II. Unité ou fragmentation du processus de rédaction des normes pénales?

La distinction tripartite que nous avons proposée, d'un point de vue analytique, entre trois catégories différentes de normes pénales ne signifie pas que celles-ci soient susceptibles, d'un point de vue juridique, d'être isolées les unes des autres. Bien au contraire, et à la différence de Kelsen qui a défendu l'idée que certaines de ces normes, à savoir celles qui «instituent un acte de contrainte», peuvent être considérées comme des normes juridiques indépendantes³¹, on doit admettre que toutes ces normes constituent des «normes juridiques non indépendantes»³² qui ne peuvent être isolées³³, dans la mesure où elles «s'enchaînent et se font suite»³⁴.

Par ailleurs, cette distinction ne signifie évidemment pas que les normes pénales soient toujours rédigées selon un canevas correspondant qui aboutirait à différencier de manière explicite ces trois catégories de normes. Traditionnellement, au contraire, la rédaction des textes pénaux nous confronte à

³⁰ Cf., en ce sens, MARC VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles 1995, p. 106: «il ne nous paraît pas opportun de séparer l'obligation de l'incrimination, l'une et l'autre constituant les deux faces d'une même réalité». A la différence des auteurs précédents, cependant, cet auteur en conclut à la nécessité de ne retenir que l'incrimination et la sanction, à l'exclusion de l'obligation, c'est-à-dire de la norme de conduite.

³¹ Kelsen (note 7), p. 74.

³² *Ibidem*.

³³ FRANÇOIS RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles 1974, p. 15.

³⁴ DABIN (note 11), p. 74.

une réalité très différente. Il n'en reste pas moins certain, cependant, que, pour des raisons de fond tenant essentiellement à une érosion progressive du principe de légalité et à un éclatement corrélatif des sources formelles du droit pénal³⁵, le processus de rédaction des normes pénales se fragmente de plus en plus souvent et aboutit à la consécration de plus en plus fréquente de normes explicites relevant de ces différentes catégories.

Pour commencer par la formulation traditionnelle des normes pénales, il suffit d'examiner attentivement la façon dont sont rédigées la plupart des dispositions d'un code pénal, mode d'expression unitaire et légaliste par excellence de la norme pénale, pour se convaincre que la distinction tripartite évoquée ne se trouve nullement respectée.

Comme on le sait, il apparaît en effet que ces dispositions se composent généralement de deux parties, dont l'une formule l'incrimination, à titre de «condition d'application» ou d'«hypothèse» (*Tatbestand*), et l'autre, la sanction pénale, à titre de «conséquence juridique», de «solution», de «dispositif» ou d'«effet juridique» (*Rechtsfolge*)³⁶. Certains diront, d'ailleurs, que seule cette formulation nous met en présence d'une «règle complète»³⁷, ce qui est discutable.

Ainsi l'article 398 du Code pénal belge dispose-t-il: «Quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups (incrimination) sera puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de vingt-six francs à cent francs, ou d'une de ces peines seulement (sanction pénale)».

Or, ce mode de rédaction de la norme pénale se caractérise évidemment par une forme d'*unité* essentielle: «l'incrimination et la peine sont indiquées dans le *même* texte légal, en une *même* phrase»³⁸. Tel est ce qu'on appelle

³⁵ A ce sujet, cf. notamment FRANÇOISE TULKENS/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 5^{ème} éd., Bruxelles 1999, p. 187 ss.

³⁶ A propos de cette «structure logique» qui n'est évidemment pas propre aux normes pénales, cf. notamment CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel 1967, p. 89; DABIN (note 11), p. 73; PIERRE PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Paris 1960, p. 192; RIGAUX (note 33), p. 13.

³⁷ PESCATORE (note 36), p. 196; HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, adaptée par H. THÉVENAZ, 2^{ème} éd., Neuchâtel 1988, p. 76.

³⁸ MERLE/VITU (note 13), p. 249.

traditionnellement «le procédé de l'incrimination directe»³⁹ qui, par un «raccourci de style»⁴⁰, intègre dans un même texte le contenu d'une norme d'incrimination qui, isolée, aurait pu être formulée «le fait d'infliger volontairement des blessures ou de porter des coups constitue une infraction pénale qualifiée de coups et blessures volontaires» et le contenu d'une norme sanctionnatrice qu'on aurait pu formuler «l'infraction pénale qualifiée de coups et blessures est punissable d'un emprisonnement [...]», en même temps qu'il consacre implicitement la norme de conduite selon laquelle «quiconque est tenu de s'abstenir d'infliger volontairement des blessures et de porter des coups».

A la différence de ce procédé traditionnel de rédaction des textes pénaux, il est cependant possible d'observer que certaines dispositions du Code pénal lui-même opèrent une fragmentation du processus.

Ainsi l'art. 322 du Code pénal dispose-t-il: «Toute association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés est un crime ou un délit, qui existe par le seul fait de l'organisation de la bande», formulant une simple norme d'incrimination. Cependant, l'art. 323 du même Code complète immédiatement celle-ci en disposant: «Si l'association a eu pour but la perpétration de crimes emportant la réclusion de dix à quinze ans ou une peine plus forte, les provocateurs de cette association, les chefs de cette bande et ceux qui y auront exercé un commandement quelconque, seront punis de la réclusion de cinq ans à dix ans», formulant ainsi la norme sanctionnatrice. Cet exemple illustre un simple procédé de «dissociation»⁴¹ où «l'incrimination est isolée de la sanction»⁴², mais où la proximité des dispositions visées rend superflu tout renvoi explicite entre elles⁴³.

Comme nous l'avons déjà suggéré, cependant, ce processus de fragmentation s'est développé dans des proportions incomparables, non seulement lorsque la norme pénale a été appelée à jouer un rôle purement sanctionnateur

³⁹ PIERRE LASCOURMES ET AL., *Le droit pénal administratif. Instrument d'action étatique. Incrimination. Transaction*, Nemours 1986, p. 27.

⁴⁰ MERLE/VELU (note 13), p. 249.

⁴¹ SYLVIE CIMAMONTI, «Législation par référence et nouveau code pénal», in: *Revue de la recherche juridique*, XXII, (4) 1997, p. 1259.

⁴² MERLE/VITU (note 13), p. 249.

⁴³ Cf. NICOLAS MOLFESSIS, «Le renvoi d'un texte à un autre», in: *Revue de la recherche juridique*, XXII, (4) 1997, p. 1195, où l'auteur distingue les formes de renvoi implicites et explicites d'un texte à un autre.

à l'égard de normes juridiques de conduite extra-pénales, mais encore et surtout lorsque d'autres pouvoirs – nationaux ou supranationaux – ont été amenés à se partager la compétence d'édicter des normes pénales, dont le législateur national avait traditionnellement le monopole.

Dans ces différents cas de figure, en effet, on assiste souvent à une dissociation entre la formulation de la norme de conduite ou de la norme incriminante, d'une part, et la formulation de la norme sanctionnatrice, d'autre part.

Parfois, il s'agit d'une «incrimination par référence», au sens où la formulation d'une norme sanctionnatrice s'assortit de conditions d'application (l'incrimination) qui se limitent à la violation d'une norme de conduite à laquelle elle se contente d'opérer un renvoi explicite. Ainsi la loi belge du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux prévoit-elle, en son art. 23, qu'«est puni [...] d'une amende de 100 F à 5.000 F [...] celui qui enfreint les dispositions des art. 8, 4^o, 9, 1^o et 4^o, 12 et 13».

Dans d'autres cas, il s'agit d'une «pénalisation par référence»⁴⁴, au sens où la norme établissant une incrimination déterminée renvoie aux peines prévues par une norme sanctionnatrice applicable à d'autres incriminations. Ainsi, par exemple, la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales prévoit-elle, en son art. 14, par. 1^{er}, 1^o, que «sera puni des peines prévues à l'art. 181 du Code électoral [...] quiconque aura fait des dépenses ou pris des engagements en matière de propagande électorale sans en aviser le président du bureau principal concerné». On remarquera également que ce dernier procédé peut se combiner avec le précédent, comme l'illustre l'art. 14, par. 1^{er}, 4^o de la loi précitée qui prévoit les mêmes peines à l'égard de «quiconque n'aura pas respecté les dispositions prévues à l'art. 5».

Un autre cas de figure, de plus en plus fréquent, réside dans le renvoi non plus à une norme déjà adoptée, mais à une norme qui sera adoptée ultérieurement. Tel est ce qu'on a appelé le procédé du «renvoi *in futurum*»⁴⁵. Ici encore, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées.

⁴⁴ VERDUSSEN (note 30), p. 119; MERLE/VITU (note 13), p. 251, qui parlent, quant à eux, de «pénalisation par renvoi».

⁴⁵ MOLFESSIS (note 43), p. 1195 et 2006.

L'hypothèse la plus souvent citée est celle de la loi pénale «en blanc»⁴⁶ ou «par blanc-seing»⁴⁷ qui réside dans une norme sanctionnatrice fixant les peines applicables à une incrimination dont la détermination est confiée à une autre autorité, nationale ou supranationale.

Le procédé du renvoi à des règles que doit établir une autre autorité nationale se retrouve actuellement dans la plupart des pays. Ainsi MERLE et VITU citent-ils, pour la France, l'exemple de l'article 26-15° du Code pénal (ancien) qui prévoyait une amende de 20 à 150 F contre les contrevenants aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative⁴⁸, disposition dorénavant remplacée par l'article R.610-5 du nouveau Code pénal, qui prévoit que «la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de première classe»⁴⁹. De même PEDRAZZI cite-t-il, pour la Suisse, l'exemple de l'article 292 du Code pénal punissant «celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous menace de la peine prévue par le présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents»⁵⁰. Ainsi encore peut-on citer, pour la Belgique, l'article 29 des lois coordonnées par l'arrêté royal du 16 mars 1968 portant sur la coordination des lois relatives à la police de la circulation routière, qui dispose que «les infractions graves aux règlements pris en exécution des présentes lois coordonnées, spécialement désignées comme telles par le Roi, sont punies d'un emprisonnement de 8 jours à un mois et d'une amende de 50 F à 500 F, ou d'une de ces peines seulement». Ce dernier exemple est d'ailleurs d'autant plus intéressant qu'il illustre, en réalité, un double renvoi «*in futurum*»: renvoi à une règle d'incrimination proprement dite qui est appelée à désigner les infractions qualifiées de graves, ce qui fut ultérieurement l'objet de l'arrêté royal du 7 avril 1976 désignant les infractions graves au règlement général sur la police de la circulation routière; renvoi, au-delà de celles-ci, à un ensemble de règles de conduite, en l'occurrence les «règles de circulation», qui allaient être établies par le titre II de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière.

⁴⁶ MERLE/VITU (note 13), p. 251; LASCOUMES ET AL. (note 39), p. 27.

⁴⁷ PEDRAZZI (note 20), p. 24.

⁴⁸ MERLE/VITU (note 13), p. 252, note 1.

⁴⁹ Cf. CIMAMONTI (note 41), p. 1255.

⁵⁰ PEDRAZZI (note 20), p. 24.

Le renvoi à des règles que doit établir une autorité supranationale, par ailleurs, se trouve bien illustré par l'exemple, cité par ROBERT, de la loi française du 22 mai 1985 qui attribue aux règlements de la Communauté européenne une vocation générale à régir la pêche maritime et sanctionne pénalement l'inobservation de leurs dispositions⁵¹. On remarquera, par parenthèses, que d'autres pays comme la Belgique ont résolu le problème de la sanction pénale des règlements européens d'une manière plus indirecte, tout en ayant également recours à la technique de la loi pénale en blanc. Telle est en effet la nature de la loi du 18 février 1969 relative aux mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de transport par route, par chemin de fer ou par voie navigable qui dispose, en son article 2, que «les infractions aux arrêtés pris en application de l'article 1^{er} de la présente loi sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cinquante à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement». C'est dès lors en application de cette véritable «loi de pouvoirs spéciaux» que le pouvoir exécutif se trouve amené à son tour à se référer aux règles de conduite contenues dans le règlement dont il assure l'exécution et dont la violation est, par l'effet de son intervention, constitutive de l'incrimination passible des sanctions pénales prévues par l'article 2 de la loi du 18 février 1969. Ainsi l'arrêté royal du 13 mai 1987 portant exécution du Règlement (CEE) n° 3820/85 du Conseil des Communautés européennes du 20 décembre 1985, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, dispose-t-il, en son article 3, que «l'article 2 de la loi du 18 février 1969 [...] est applicable en cas d'infraction aux dispositions du Règlement précité».

A ce procédé devenu classique, on pourrait cependant encore ajouter le procédé, en quelque sorte inverse, qui consiste à créer ce qu'on pourrait appeler une «incrimination en blanc», dans la mesure où celle-ci renvoie à des sanctions qu'une autre autorité est appelée à établir ultérieurement. Ce procédé trouve des illustrations de plus en plus nombreuses dans certaines dispositions incluses dans des conventions internationales qui érigent certains comportements en infractions pénales, tout en chargeant les Etats signataires d'adopter les dispositions sanctionnatrices correspondantes. Ainsi la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des bles-

⁵¹ Cf. JACQUES-HENRI ROBERT, «L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs», in: *Mélanges offerts à GEORGES LEVASSEUR*, Paris 1992, p. 176.

sés et des malades dans les forces armées en campagne prévoit-elle, en son article 49, que «les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant». De même, la Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose-t-elle, dans son article 1^{er}, que «commet une infraction pénale [...] toute personne qui, à bord d'un aéronef en vol [...] illicitement et par violence ou menace de violence s'empare de cet aéronef ou en exerce le contrôle ou tente de commettre l'un de ces actes», tandis qu'elle prévoit, en son article 2, que «tout Etat contractant s'engage à réprimer l'infraction de peines sévères».

Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, ces différents cas de figure illustrent à suffisance la multiplicité des hypothèses dans lesquelles, selon des modalités diverses, on assiste de plus en plus fréquemment à une véritable fragmentation de la rédaction des normes pénales.

III. Principaux enjeux de la question

Le phénomène de fragmentation du processus de rédaction des normes pénales ne comporte évidemment pas que des enjeux de nature législative, encore que ceux-ci ne soient pas négligeables.

Pour nous limiter une fois encore à l'essentiel, il semble que le phénomène comporte au moins cinq enjeux fondamentaux: le respect du principe de la légalité des incriminations, le respect de l'exigence de «qualité» de la loi pénale, le problème de l'application de la norme pénale dans le temps, le problème de l'interprétation des normes et le problème du contrôle de leur validité. On ne fera que les évoquer succinctement.

1. Ce n'est évidemment pas le phénomène de fragmentation des différents types de normes pénales qui risque, en lui-même, d'affecter le respect du principe de légalité des incriminations. Tant que les normes pénales, même dissociées dans leur rédaction, émanent toutes du pouvoir législatif lui-même, il va de soi que ce principe se trouve entièrement respecté. En revanche, comme nous l'avons vu, il est fréquent que cette dissociation s'accompagne d'un

partage de pouvoirs dans la rédaction des normes et, s'il est généralement admis qu'«il appartient au législateur de profiler les contours essentiels des peines» qu'il permet éventuellement à d'autres pouvoirs d'imposer⁵², il semble que ce principe connaisse une érosion progressive dans l'établissement des incriminations et, *a fortiori*, des règles de conduite correspondantes. En témoigne notamment la décision du Conseil constitutionnel français du 10 novembre 1982, aux termes de laquelle «aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même», de telle sorte que «la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale»⁵³. En témoigne également l'arrêt de la Cour de cassation belge du 16 novembre 1994 qui, à propos de la référence faite par un arrêté royal à des règlements CEE, a décidé qu'«aucune disposition légale n'interdit de définir, dans une disposition édictant une peine, les éléments constitutifs de l'infraction par référence à un autre texte légal ou réglementaire»⁵⁴.

2. Si, sous l'impulsion notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, on assiste progressivement, en matière pénale, au «passage d'une légalité formelle à une véritable exigence de la "qualité de la loi"»⁵⁵, au sens d'une exigence d'accessibilité, de précision et de prévisibilité des normes pénales, il paraît certain que la multiplication des procédés aboutissant à une fragmentation de la rédaction des normes pénales, en particulier des différentes techniques de renvoi utilisées, contrevient à une telle exigence. Comme l'a fait remarquer CHRISTINE LAZERGES, en effet, «classiquement, un seul et même texte définit le comportement incriminé et prévoit la sanction. La prolifération d'autres techniques est à l'évidence une forme de négation partielle du principe de légalité»⁵⁶.

⁵² VERDUSSEN (note 30), p. 110.

⁵³ Citée par VERDUSSEN (note 30), p. 107.

⁵⁴ Cass., 16 novembre 1994, in: *Pasicrisie*, 1994, p. 948.

⁵⁵ MIREILLE DELMAS-MARTY, «Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», in: *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'ANDRÉ VITU*, Paris 1989, p. 154.

⁵⁶ CHRISTINE LAZERGES, «Le principe de la légalité des délits et des peines», in: *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. CABRILLAC/M.-A. FRISON-ROCHE/T. REVET, 4^{ème} éd., Paris 1997, p. 415. Cf. également VERDUSSEN (note 30), p. 119: «La clarté de la loi pénale s'accommode mal du procédé de législation par référence».

3. Le phénomène de fragmentation évoqué est susceptible d'affecter, à son tour, le problème du champ d'application de la loi pénale dans le temps. Si le principe de non-rétroactivité de la loi pénale connaît, selon certains, une exception dans ce cas, dans la mesure où la nature extra-pénale de la norme de conduite de référence justifierait son application immédiate⁵⁷, c'est surtout son complément traditionnel, le principe de rétroactivité des lois pénales plus douces, qui a fait, à cet égard, en Belgique comme dans d'autres pays, l'objet de la dérogation la plus importante. En effet, selon une jurisprudence constante qui remonte à 1932, la Cour de cassation belge considère que le principe de la rétroactivité *in mitius*, consacré par l'art. 2, al. 2 du Code pénal, n'est «pas applicable lorsque les infractions aux dispositions prises en vertu d'une loi étant punies des peines prévues par cette loi, des arrêtés réglementaires successifs, pris en exécution de ladite loi, changent les conditions d'incrimination sans que la loi elle-même ait été modifiée». Par voie de conséquence, elle décide qu'«en pareil cas, des faits qui, à la date à laquelle ils ont été commis, étaient punissables en vertu d'un arrêté réglementaire, restent punissables, même si, en vertu d'un arrêté postérieur, ils ne le sont plus à la date du jugement»⁵⁸.

Si cette jurisprudence a pu se justifier par l'idée que la rétroactivité ne s'applique qu'à la condition que «l'intention non douteuse du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir»⁵⁹, ce qui ne serait pas le cas lorsqu'une même législation a fait l'objet de règlements d'exécution temporaires et successifs, il semble que cette justification paraisse de plus en plus contestable lorsque les éléments essentiels de l'incrimination se trouvent contenus dans ces règlements eux-mêmes. En outre, comme l'a suggéré DUMON, lorsqu'il s'agit de règlements communautaires, la Cour de cassation belge ne paraît pas autorisée à décider elle-même qu'ils possèdent un caractère provisoire ou temporaire, mais semble obligée de soulever cette question préjudicielle d'interprétation à la Cour de justice des

⁵⁷ MERLE/VITU (note 13), p. 323: «les règles du droit pénal transitoire s'appliquent aux lois pénales seules».

⁵⁸ Cass., 27 mai 1992, in: *Revue de droit pénal et de criminologie*, septembre-octobre 1992, p. 877.

⁵⁹ Conclusions de M. l'Avocat général L. CORNIL, avant Cass., 16 octobre 1933, in: *Pasicrisie*, 1934, I, p. 33.

Communautés européennes⁶⁰. Enfin, on peut légitimement soutenir qu'une telle dérogation n'est pas compatible avec l'art. 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ne prévoit aucune exception et qui a été adopté par la Belgique sans réserve sur ce point⁶¹.

4. Le phénomène de fragmentation du processus de rédaction des normes pénales n'est pas non plus sans incidence sur le problème de l'interprétation.

En effet, le renvoi éventuel d'une norme pénale sanctionnatrice à une norme de conduite extra-pénale pose d'abord le problème des directives d'interprétation applicables à cette dernière. Dans la mesure où un système juridique prétend au moins formellement consacrer certaines directives spécifiques en matière d'interprétation des normes pénales – telles que le principe de l'interprétation stricte ou l'interdiction de l'interprétation analogique –⁶², se pose évidemment la question de savoir si ces directives s'appliquent également à l'interprétation de la norme de conduite extra-pénale dont la violation est constitutive de l'incrimination sanctionnée. Etant donné les conséquences pénales qui sont susceptibles d'en découler, la réponse devrait logiquement être affirmative. On remarquera cependant qu'elle ne fait pas l'unanimité⁶³. Par ailleurs, se pose également la question de savoir si les termes contenus dans la norme extra-pénale doivent se voir attribuer le sens, parfois spécifiquement technique, qu'ils possèdent dans ce contexte, lorsqu'ils se voient attacher des conséquences de nature pénale. A cette question, la jurisprudence n'a pas hésité à répondre par la négative, en admettant au moins une

⁶⁰ Conclusions de M. le Premier avocat général F. DUMON, avant Cass., 16 juin 1975, in: *Revue de droit pénal et de criminologie*, octobre 1975, p. 77.

⁶¹ A ce sujet, cf. TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 35), p. 215; BART SPIET, «Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering», in: *Liber amicorum Armand Vandeplass*, Gand 1994, p. 372 s.; O. VANDEMEULEBROEKE, «Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2, al. 2 du Code pénal)», *Liber amicorum JOSÉ VANDERVEEREN*, Bruxelles 1997, p. 184-185.

⁶² A cet égard, cf. notamment MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Les directives d'interprétation en droit pénal belge. La lettre plutôt que l'esprit?», in: *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg 1989, p. 137 s. A l'exception de l'interdiction de la création analogique d'infractions ou de peines, il semble que la jurisprudence suisse consacre au contraire le principe selon lequel «les règles de l'interprétation législative sont les mêmes en droit pénal que dans les autres domaines du droit». A cet égard, cf. notamment PHILIPPE GRAVEN, «Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse», *ibidem*, p. 157 s.

⁶³ A cet égard, cf. notamment VAN DE KERCHOVE (note 62), p. 148-150.

certaine «autonomie conceptuelle» du droit pénal qui autorise à s'écarter, dans certains cas, d'une telle signification⁶⁴. Enfin, se pose parfois la question de l'organe compétent pour interpréter les normes pénales qui ont été dissociées. Comme l'a très justement souligné ROBERT, dans le cas du renvoi du législateur national à des règlements communautaires⁶⁵, si l'interprétation de la loi nationale relève, pour l'essentiel, de la compétence des juridictions nationales, celle des règlements communautaires, en revanche, relève de la compétence de la Cour de Justice des Communautés, soit de manière facultative si la question est soulevée devant une juridiction de fond, soit de manière obligatoire si elle est soulevée devant la Cour de cassation.

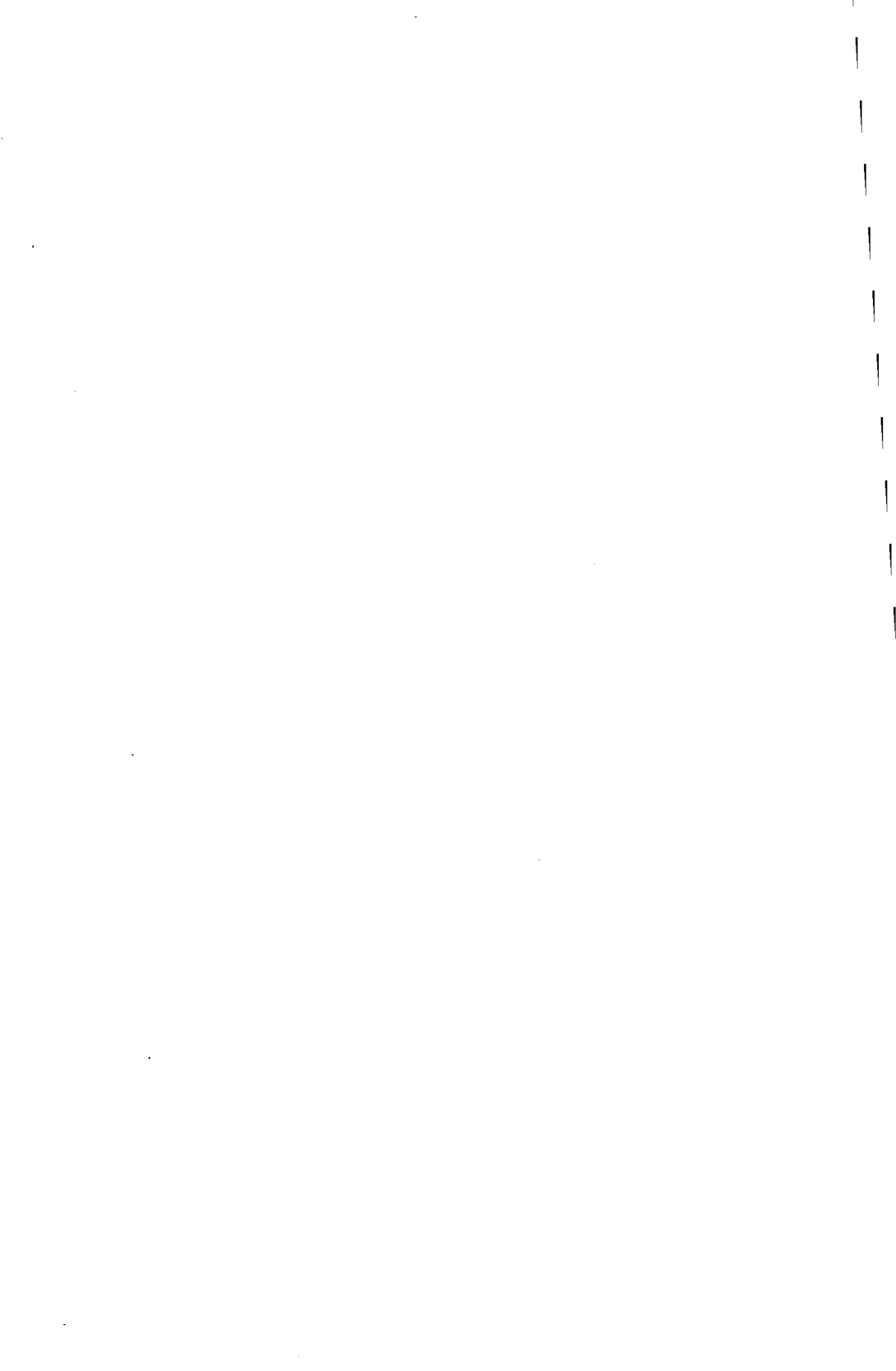
5. Un dernier enjeu lié au phénomène de fragmentation des normes pénales réside dans l'appréciation de leur validité. S'il va de soi que les critères d'appréciation de leur validité sont appelés à se différencier en fonction de leur nature juridique de plus en plus variable, il convient également de rappeler que les juridictions susceptibles de contrôler leur validité et, le cas échéant, de les frapper de nullité, sont appelées à se diversifier corrélativement⁶⁶.

⁶⁴ Cf. notamment TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 35), p. 141-142.

⁶⁵ ROBERT (note 51), p. 178 et 18. Cf. également MERLE/VITU (note 13), p. 287.

⁶⁶ *Ibidem*.

II. LES DROITS FONDAMENTAUX



WITTENBERG, ROME ET DROIT COLLECTIF DU TRAVAIL

GABRIEL AUBERT

Professeur à l'Université de Genève

HERMÈS: Te souviens-tu, MERCURE, d'une soutenance de thèse lors de laquelle le professeur CHARLES-ALBERT MORAND, il y a une vingtaine d'années, demanda au candidat pour quelle raison, dans certains Etats, la convention collective de travail impose aux parties signataires, aux employeurs et aux travailleurs une obligation de paix, alors que, dans d'autres Etats, tel n'est pas le cas¹?

MERCURE: Oui. Le candidat aurait pu, selon les idées à la mode, prétendre que l'obligation de paix du travail existe seulement dans les pays conservateurs et que, dans les pays avancés, l'intérêt des travailleurs interdit à la convention collective de faire obstacle à la grève. Il ne s'y est pas aventuré et, à vrai dire, je ne me rappelle plus sa réponse.

MERCURE: Sa réflexion a-t-elle progressé?

HERMÈS: Cette question n'a cessé de l'intriguer, mais il s'admet volontiers dépourvu des connaissances nécessaires pour analyser les nombreux facteurs – non juridiques – qui déterminent les effets des conventions collectives de travail.

MERCURE: Je l'ai vu examiner une carte de l'Europe au XVI^{ème} siècle.

HERMÈS: Oui. On y distingue clairement la division entre, d'une part, les pays restés dans le giron de l'Eglise romaine (le Sud) et, d'autre part, les pays

¹ GABRIEL AUBERT, *L'obligation de paix du travail, Etude de droit suisse et comparé*, Genève 1981.

passés à la Réforme protestante, née à Wittenberg (le Nord). D'un côté, la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche; de l'autre, de futurs cantons suisses, l'Allemagne (au sens large), la Scandinavie, l'Angleterre, auxquels, plus tard, s'ajouteront les États-Unis².

MERCURE: Mais quel rapport entre cette carte et le droit collectif du travail?

HERMÈS: C'est que – si l'on peut simplifier – l'obligation de paix du travail s'est imposée surtout au nord de l'Europe, dans les pays protestants, alors qu'elle ne joue qu'un rôle secondaire au Sud.

MERCURE: Une telle ligne de démarcation n'est pas nouvelle. MAX WEBER l'avait déjà relevée en 1904, à propos de la révolution industrielle, qui se serait développée plus tôt et plus vigoureusement dans les pays protestants, c'est-à-dire au Nord³.

HERMÈS: L'approche de MAX WEBER, opposant le Nord au Sud, a été contestée dès l'origine. Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, elle fut éclipsée par l'antagonisme entre l'Ouest et l'Est. Depuis la chute des dictatures socialistes, elle refait surface et, en particulier, pénètre le monde francophone. Les explications de MAX WEBER demeurent l'objet de controverses, même si le phénomène qu'elles s'efforcent d'éclairer – l'avance du monde protestant sur le plan industriel – paraît un fait acquis⁴.

² PIERRE CHAUNU, «L'établissement de la Réforme en Europe», in: CHAUNU (éd.), *L'aventure de la Réforme*, Paris 1992, p. 139.

³ MAX WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, traduction française, Paris 1964, p. 29 ss.

⁴ Cf. ALAIN PEYREFITTE, *Le mal français*, Paris 1977, p. 160 ss; ALAIN PEYREFITTE, *La société de confiance*, Paris 1995, p. 295 ss; DAVID LANDES, *The Wealth and Poverty of Nations*, Londres 1998, p. 174 ss ou *Richesse et pauvreté des nations*, traduction en français, Paris 2000, p. 234 ss; PAUL BAIROCH, *Victoires et déboires, Histoire économique et sociale du monde du XV^{ème} siècle à nos jours*, tome I, Paris 1997, p. 224 ss; FRANÇOIS COCHET/GÉRARD MARIE HENRY, *Les révolutions industrielles*, Paris 1995, p. 96 ss; d'un autre avis, JACQUES BARZUN, *From Dawn to Decadence, 1500 to the Present*, New York 2000, p. 36 ss; FERNAND BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, p. 68 ss. Sur un aspect particulier de psychologie du travail, cf., tout récemment, PIERRE MOESSINGER, «De la motivation des protestants», in: FRAGNIERE/FRICKER/KELLERHALS (éd.), *La vérité est multiple. Essais de sociologie, hommages au Professeur PATRICK DE LAUBIER*, Lausanne 2000, p. 121 ss.

MERCURE: Peut-on vraiment soutenir que la paix du travail ait un lien avec l'éthique protestante, au sens retenu par WEBER?

HERMÈS: Cette explication est sans doute trop courte⁵. Toutefois, la césure confessionnelle entre le Nord et le Sud a laissé des traces profondes.

MERCURE: Prétends-tu, aujourd'hui, rallumer les guerres de religion?

HERMÈS: En aucune façon. Comme les passions sont éteintes, l'on peut traiter de ces questions paisiblement. Grâce, notamment, au développement de l'économie de marché et à la Communauté Européenne, l'écart entre le Nord et le Sud s'amenuise, sans effacer une véritable divergence, pour reprendre un mot d'ALAIN PEYREFITTE.

MERCURE: L'ancien ministre français?

HERMÈS: Au terme de sa carrière politique, ALAIN PEYREFITTE a soutenu sa thèse sur la *société de confiance*. A la suite, notamment, de PIERRE CHAUNU⁶, il développe des perspectives qui prolongent, sans les copier, celles de MAX WEBER. Pour lui, «les sociétés qui sont entrées en Réforme n'en sont pas sorties. Ce sont elles qui sont entrées les premières en développement et y ont, dans l'ensemble, maintenu leur avance jusqu'à nos jours. Il y a coïncidence de l'espace, mais aussi du temps»⁷. Ces propos comportent une grande part de vérité, même si leur auteur sous-estime peut-être les progrès du Sud.

Le clivage entre le Nord et le Sud s'explique par la transformation des rapports entre individus. Dans les nations latines a subsisté longtemps une hiérarchie rigide, sur les plans politique et religieux; dans les sociétés réformées se sont développées plus rapidement des relations démocratiques. Remarque-le en passant: la question de savoir si le Christ est réellement présent dans le pain et le vin n'est pas politiquement neutre. Y répond-on par l'affirmative, l'on souligne la supériorité du prêtre, seul désigné par la hiérarchie pour opérer le miracle; y répond-on par la négative, la porte s'ouvre au sacerdoce universel, à l'élection des pasteurs, etc.

⁵ PEYREFITTE (note 4), 1995, p. 295 ss et les auteurs cités à la note précédente.

⁶ PEYREFITTE (note 4), 1995, p. 172.

⁷ PEYREFITTE (note 4), 1995, p. 173. On examinera avec intérêt une autre carte, indiquant les progrès de l'alphabétisation en Europe, où apparaît la même césure entre le Nord et le Sud, p. 57.

La hiérarchie engendre la défiance et l'hostilité; la démocratie la confiance et la collaboration. Voici comment PEYREFITTE résume sa thèse.

«La société de défiance est une société frileuse, gagnant-perdant: une société où la vie commune est un jeu à somme nulle, voire à somme négative («si tu gagnes, je perds»); société propice à la lutte des classes, au mal vivre national et international, à la jalousie sociale, à l'enfermement, à l'agressivité de la surveillance mutuelle. La société de confiance est une société en expansion, gagnant-gagnant («si tu gagnes, je gagne»); société de solidarité, de projet commun, d'ouverture, d'échange, de communication.»⁸

Naturellement, le trait est fortement grossi. ALAIN PEYREFITTE lui-même précise qu'aucune société n'est «à 100% de confiance ou de défiance»⁹. Il s'agit plutôt d'une opposition de tendances, qui se reflète, en particulier, dans les relations collectives de travail.

Au sein des sociétés marquées par l'héritage romain, il n'y a qu'un seul pouvoir légitime. Un pouvoir en devenir ne peut que remplacer l'autre, si bien que les travailleurs sont naturellement appelés à évincer la bourgeoisie. D'où la lutte des classes. Vu l'insurmontable antagonisme entre employeurs et salariés, la convention collective de travail ne peut constituer qu'un cessez-le-feu, une trêve dans la lutte continue (et mythiquement finale) qui verra la fin du capitalisme.

A l'époque de sa splendeur, la vision communiste du pouvoir épousait du reste, à certains égards, l'ancienne vision romaine. Dans des sociétés imprégnées par l'idée de hiérarchie, l'opposition, pour combattre le pouvoir en place, ne doit-elle pas revêtir ses atours les plus symboliques? Quoi de plus impressionnant, face à l'infailibilité de l'Eglise, que le centralisme démocratique? Quoi de plus entraînant, face à des liturgies magnifiques, que les rites collectifs des congrès? Quoi de plus convaincant, face aux encycliques, que les résolutions du parti? Quoi de plus touchant pour les masses, face au culte des saints, que la barbe philosophique de MARX, le menton résolu de LÉNINE, le sourire paternel de STALINE?

Tournons-nous vers les sociétés qui plongent leurs racines dans la tradition réformée. La légitimité n'y fait pas l'objet d'un monopole: elle se répartit

⁸ PEYREFITTE (note 4), 1995, p. 10.

⁹ *Ibidem*. On trouvera une analyse plus détaillée par pays dans PEYREFITTE (note 4), 1977, p. 126-156.

entre les acteurs sociaux. Les travailleurs n'ont donc pas comme objectif inéluctable de supplanter les employeurs, mais collaborent avec eux sur la base d'un contrat négocié (la «collaboration de classes», disait-on au XX^{ème} siècle). D'ailleurs, dans les sociétés du Nord, les partis et les syndicats communistes n'ont joué qu'un rôle secondaire, alors qu'ils eurent souvent le statut de protagonistes dans les pays du Sud.

Ainsi, tu comprends mieux pourquoi, au sein du monde romain, la convention collective constitue une trêve, dans un climat de défiance ou de lutte permanente. Parfois, les organisations signataires ne sont liées par aucune obligation de paix (Italie¹⁰). Parfois, une telle obligation se trouve déduite, en termes peu contraignants, des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats, mais sans grande conséquence pratique (Belgique¹¹, France¹², Portugal¹³). Parfois, enfin, la convention collective crée une obligation de paix à la charge des organisations signataires, mais non pas à celle de leurs membres, qui ne subissent guère de sanction en cas de grève contraire à cette obligation (Autriche¹⁴, Espagne¹⁵).

¹⁰ TIZIANO TREU, «Italy», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1998, vol. 7, n° 447-454, p. 193 ss; AUBERT (note 1), p. 29 ss.

¹¹ ROGER BLANPAIN, «Belgium», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1998, vol. 2, n° 578, p. 276-277, n° 586, p. 280, n° 610, p. 290, n° 308, p. 163.

¹² MICHEL DESPAX/JACQUES ROJOT, «France», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1987, vol. 5, n° 577, p. 257 et n° 678, p. 300; BERNARD TEYSSIE, *Droit du travail*, 2. *Relations collectives de travail*, Paris 1993, n° 492, p. 363; AUBERT (note 1), p. 26 ss.

¹³ MARIO PINTO, «Portugal», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1990, vol. 10, n° 778, p. 198.

¹⁴ RUDOLF STRASSER, *Kollektives Arbeitsrecht*, Vienne 1990, p. 147; FRANZ MARHOLD, *Kollektivarbeitsrecht*, Vienne 1991, p. 103 s.

¹⁵ MANUEL ALONSO OLEA/FERMIN RODRIGUEZ-SANUDO, «Spain», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1996, vol. 11, n° 601-602, p. 133-134, et n° 666, p. 148; MANUEL ALONSO OLEA/EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Madrid 1998, p. 860 ss.

Au sein du monde réformé (Allemagne¹⁶, Suisse¹⁷, Pays-Bas¹⁸, Danemark¹⁹, Suède²⁰, aux Etats-Unis²¹), la convention collective crée une obligation de paix qui lie toujours les organisations signataires, de même que les employeurs et les travailleurs individuellement. Certes, les intérêts des uns et des autres demeurent opposés. Toutefois, la convention collective se fonde sur la confiance entre tous les intéressés, qui s'acceptent comme partenaires.

MERCURE: Mais comment expliques-tu qu'en Autriche et en Espagne, pays catholiques, la convention collective soit un vrai contrat, créant une obligation de paix à la charge des parties signataires?

HERMÈS: En Autriche, l'esprit de collaboration, héritage du corporatisme disparu, s'est maintenu mieux qu'ailleurs. Il imprègne le droit collectif du travail, marqué, du reste, par la doctrine et la législation allemandes. Il en va de même en Espagne, où la législation est récente, puisqu'elle date de la chute de la dictature franquiste. Toutefois, tu remarqueras que, dans aucun de ces deux pays, l'obligation de paix ne lie effectivement les membres des syndicats.

MERCURE: Tu changes de registre. Tout à l'heure, tes explications se fondaient sur la tradition confessionnelle (voire culturelle). Maintenant, tu t'appuies sur le modèle corporatiste: le Moyen Age au secours de la Réforme!

¹⁶ MANFRED WEISS, «Germany», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1994, vol. 5, n° 360, p. 138; quant à l'effet de l'obligation de paix sur le contrat individuel de travail, nos 428-430, p. 161; AUBERT (note 1), p. 8 ss; GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, Munich 1996, p. 1677.

¹⁷ Art. 357a al. 2 CO; ATF 125 III 284; AUBERT (note 1), p. 155 ss et 245 ss.

¹⁸ MAX GUSTAAF ROOD, «The Netherlands», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1996, vol. 9, n° 221, p. 68-69 et n° 246, p. 76.

¹⁹ PER JACOBSEN/OLE HASSELBACH, «Denmark», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1998, vol. 4, nos 673-674, p. 262, nos 696-697, p. 271-272.

²⁰ AXEL ADLEURKREUZ, «Sweden», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1998, vol. 12, n° 569, p. 181, nos 595 ss, p. 189 ss, n° 607, p. 194-195.

²¹ ALVIN L. GOLDMAN, «United States of America», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1996, vol. 13, nos 696 ss, p. 351 ss, nos 733 ss, p. 373 ss; CHARLES J. MORRIS (éd.), *The Developing Labor Law*, Washington DC 1989, tome II, p. 1006 s.

HERMÈS: Les phénomènes dont nous discutons résultent de plusieurs causes. ALAIN PEYREFITTE insiste à juste titre sur le développement de la confiance dans les sociétés réformées. Cependant, d'autres facteurs vont dans le même sens. Ni la révolution de Cromwell, ni la révolution industrielle, ni – après elles – la révolution française n'ont effacé d'un coup le passé. Les anciennes corporations ont laissé dans le tissu social des habitudes encore vivantes, qui favorisent elles aussi les rapports de solidarité. Cela me paraît vrai, en particulier, dans le monde germanique.

Toutefois, le modèle corporatiste ne saurait, à lui seul, expliquer la force contraignante des conventions collectives. En effet, la mentalité corporatiste a quelque peu subsisté en France et en Italie, où l'obligation de paix ne joue presque aucun rôle. En revanche, cette obligation occupe une place importante aux Etats-Unis; or, on y chercherait en vain la trace des corporations médiévales!

MERCURE: Si le Sud s'inspire de conceptions autoritaires, comment expliques-tu que le droit de grève y soit plus largement reconnu qu'au Nord et que, par exemple, la grève politique n'y constitue pas une violation du contrat individuel de travail?

HERMÈS: Dans les sociétés issues de la Réforme, le droit de grève permet de faire fonctionner la négociation collective, dont dépend la fixation des conditions de travail. C'est, en réalité, un droit économique, mis en œuvre par les syndicats contre la partie patronale (Allemagne²², Danemark²³, Suède²⁴, Suisse²⁵). Une opinion semblable prévaut dans des pays où le modèle corporatiste a laissé des traces visibles, comme l'Autriche²⁶ et l'Espagne²⁷. Au contraire, dans les sociétés de tradition romaine, le droit de grève est l'arme des travailleurs dans la lutte des classes. Il peut être utilisé pour faire pression sur l'Etat, la légitimité syndicale ne le cédant pas devant la légitimité

²² WEISS (note 16), n° 411, p. 155 ss; SCHAUB (note 16), p. 1614.

²³ JACOBSEN/HASSELBACH (note 19), n° 692, p. 269 s. (sous réserve des manifestations de brève durée).

²⁴ ADLERCREUTZ (note 20), nos 604 ss, p. 192 ss (admissibilité d'une mesure de combat dirigée contre un Etat étranger).

²⁵ ATF 125 III 284.

²⁶ STRASSER (note 14), p. 192; MARHOLD (note 14), p. 106.

²⁷ OLEA/RODRIGUEZ-SANUDO (note 15), nos 652-653, p. 144-145.

démocratique. En tant qu'elle touche des revendications professionnelles (au sens large), la grève politique ne constitue donc une violation du contrat de travail ni en Italie²⁸, ni en Belgique²⁹, ni en France³⁰.

MERCURE: Tu méconnaiss un point fondamental: la doctrine sociale de l'Eglise romaine n'est pas fondée sur l'idée de lutte des classes, mais, au contraire, sur celle de collaboration. Certains papes n'ont-ils pas proposé le rétablissement des corporations? Lis les encycliques *Rerum novarum*, de 1891, ou *Quadragesimo anno*, de 1931, par exemple.

HERMÈS: Les encycliques que tu cites méritent d'être méditées³¹. Mais hélas, à terme, le caractère intemporel de sa doctrine sociale me semble avoir mis hors jeu l'Eglise catholique. Manifestant sa défiance envers la liberté économique et les lois du marché, Rome s'est aliéné les employeurs entreprenants, devenus les moteurs et les maîtres de l'économie industrielle³². De plus, proposant un retour au modèle des corporations, où patrons et ouvriers collaboreraient sous la tutelle étroite de l'Etat, l'Eglise a méconnu le rôle de la liberté syndicale, indispensable à la négociation collective dans une économie libérale³³. Comme l'ont montré les exemples passagers de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal, le corporatisme se conçoit mal sans une intervention autoritaire de l'Etat.

MERCURE: Ta théorie risque d'échouer sur un obstacle imposant: le cas de l'Angleterre, où les conventions collectives, en général, ne créent aucune obli-

²⁸ TREU (note 10), n^{os} 507-510, p. 216 ss.

²⁹ BLANPAIN (note 11), n^{os} 606, p. 288 et 609, p. 290.

³⁰ BERNARD TEYSSIÉ, *La grève*, Paris 1994, p. 11-12; DESPAX/ROJOT (note 12), n^o 661, p. 295.

³¹ CENTRE DE RECHERCHES ET D' ACTIONS SOCIALES (CERAS), *Le discours social de l'Eglise catholique de Léon XII à Jean-Paul II*, Paris 1985, p. 19 ss et 80 ss; FRANÇOIS BOËDEC/HENRI MADELIN, *L'évangile social*, Paris 1999, p. 19 ss. Sur le christianisme social en France, cf. JEAN BOISSONAT/CHRISTOPHE GRANNEC, *L'aventure du christianisme social, passé et avenir*, Paris 1999.

³² CENTRE DE RECHERCHES ET D' ACTIONS SOCIALES (CERAS), *Quadragesimo Anno*, n^{os} 89 ss, p. 121 ss; *Ibidem*, *Octogesima adveniens*, n^o 526 ss, p. 554 ss; PEYREFITTE (note 4), 1995, p. 321 ss; d'un autre avis: JEAN-YVES CALVEZ, *Les silences de la doctrine sociale catholique*, Paris 1999, p. 69 ss.

³³ CENTRE DE RECHERCHES ET D' ACTIONS SOCIALES (CERAS), *Rerum Novarum*, n^{os} 36 ss, p. 57 ss; *Ibidem*, *Quadragesimo Anno*, n^{os} 113 ss, p. 127 ss.

gation – donc aucune obligation de paix – à la charge des syndicats. Et pourtant, l'Angleterre est un pays réformé!

HERMÈS: En me suivant à propos des pays continentaux, tu me donnes déjà en grande partie raison. Quant à l'Angleterre, doit-on s'étonner qu'elle présente des caractères paradoxaux? Voici néanmoins une explication.

Les grèves et les conventions collectives, en Angleterre, sont aussi anciennes que la révolution industrielle. Les problèmes qu'elles posèrent à l'origine se résolvaient difficilement dans le système immémorial de la *common law*, selon lequel la grève constitue un *tort*, soit un acte illicite. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour empêcher les juges d'appliquer, aux activités syndicales, les principes traditionnels de la responsabilité délictuelle, lesquels eussent étouffé les relations collectives de travail. Les privilèges accordés par le législateur à l'action syndicale, pour l'exempter du droit commun, constituent la règle de base: la loi laisse volontairement la négociation collective hors du droit, parce qu'elle fait confiance aux partenaires sociaux, lesquels sont appelés à négocier, à conclure et à exécuter leurs accords sans immixtion de l'Etat. Les conventions collectives ne sont donc pas des contrats juridiquement contraignants, mais des *gentlemen's agreements*. Elles n'ont pas d'effet impératif sur les contrats individuels de travail³⁴. De ce point de vue, l'Angleterre illustre le paroxysme de la confiance: confiance de l'Etat envers les partenaires sociaux; confiance des partenaires sociaux entre eux, quant au respect de l'accord.

MERCURE: Quel dommage que ces idées n'aient pas été agitées lors de la soutenance de thèse que nous évoquions tout à l'heure! Le professeur CHARLES-ALBERT MORAND, passionné par toutes les approches du droit, n'aurait pas manqué d'enrichir le débat!

³⁴ BOB HEPPLES/SANDRA FREDMAN, «Great Britain», in: *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, La Haye 1992, vol. 5, n^{os} 50 ss, p. 40 ss, n^{os} 465 ss, p. 252 ss, n^o 476, p. 258.

DIGRESSIONS SUR L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES

ANDREAS AUER

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Dans l'un de ces articles pionniers dont il a le secret, CHARLES-ALBERT MORAND a dressé en 1988 un bilan lucide mais amer des premières années d'expérience judiciaire avec l'article constitutionnel sur l'égalité entre hommes et femmes¹. Lucide, parce qu'il a bien vu que l'adoption de cet article, le 14 juin 1981, ne signifiait pas la victoire définitive des revendications féministes, mais «*plutôt un point de départ*»². Lucide encore, parce qu'il osait critiquer une jurisprudence qui avait tendance à s'appuyer sur un changement des conceptions dominantes pour retenir une nouvelle interprétation de l'égalité entre hommes et femmes conforme à ce changement³: «*confusion entre les différences dans les faits qui justifient un traitement inégal et les représentations sociales de ces différences*»⁴. Amer, parce qu'il a su démontrer que le Tribunal fédéral avait dressé une série d'obstacles de forme et de fond à la mise en œuvre de l'égalité entre hommes et femmes, à tel point «*qu'en ce qui concerne l'interdiction des discriminations, on se trouve aujourd'hui dans une situation juridique plus défavorable à l'égalité que celle qui existait juste avant la votation du 14 juin 1981*»⁵.

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes», in: MORAND (éd.), *L'égalité entre hommes et femmes; bilan et perspectives*, Lausanne 1988 p. 73-107.

² *Ibidem*, p. 73.

³ ATF 103 Ia 517, 527 *Loup*.

⁴ MORAND (note 1), 75, qui ajouta: «*dans cette perspective, il suffirait que le racisme se développe assez largement pour que les discriminations fondées sur la race deviennent légitimes*».

⁵ *Ibidem*, p. 106.

Treize ans plus tard, ces constatations n'ont pas perdu leur pertinence. En matière d'égalité entre hommes et femmes, beaucoup de choses ont changé il est vrai, en droit aussi bien que dans l'Etat et au sein de la société. Mais c'est à grande peine que l'on a dépassé le point de départ. Les conceptions dominantes continuent à être prises comme fondements de l'interprétation jurisprudentielle de l'égalité des sexes. Et en matière de discrimination, il n'est pas certain que tout aille vraiment beaucoup mieux en l'an 2001 qu'en 1981.

La présente contribution n'a pas pour objectif de poursuivre le bilan critique dressé par CHARLES-ALBERT MORAND. Elle prend comme point de départ, ou comme prétexte, une affirmation apparemment fort banale, pour observer et commenter un certain nombre de changements, autant symboliques que juridiques, qui marquent le discours relatif à l'égalité entre hommes et femmes.

«*Nous luttons pour une plus grande égalité entre les femmes et les hommes.*» C'est cette phrase lapidaire, cette affirmation banale que je me propose de prendre dans le collimateur pour essayer de montrer ce qu'elle révèle en sous-entendus et en perspectives dont nous sommes tous à la fois acteurs et prisonniers. Evidente en apparence, cette petite phrase définit en réalité tout un programme, qui est d'une prétention inouïe.

A. *Un discours devenu dominant*

«*Nous luttons pour une plus grande égalité entre les femmes et les hommes.*»

Il s'est produit, en quelques années, un changement considérable quant au cercle des promoteurs et des promotrices de l'idée d'égalité entre les sexes. Une poignée de suffragettes, considérées aujourd'hui comme des valeureuses pionnières, ont réussi, à partir de la deuxième moitié du 19^{ème} siècle, à faire partager peu à peu leur vision, essentiellement centrée sur le droit de vote, par la classe politique qui, une ou deux guerres plus tard, a fini par mettre un terme au suffrage semi-universel exclusivement masculin.

Portées par ce consensus, excitées par de nouvelles perspectives de reconnaissance, les féministes prennent bientôt la relève. Peu nombreuses mais fort actives, sinon bruyantes, surfant sur une vague d'idées post soixante-

huitardes que rien ne semble pouvoir arrêter, elles réussissent peu à peu à culpabiliser la classe politique, les autorités et l'opinion publique. Celles-ci, n'ayant rien à opposer aux revendications plus ou moins radicales des femmes engagées, les acceptent, les assimilent et finissent par les reprendre à leur compte. Et voici que des majorités parlementaires et, en Suisse, avec quelques décennies de retard, des majorités populaires se font les champions de la promotion de l'égalité entre hommes et femmes, notamment en lui conférant le statut d'un droit fondamental.

Longtemps minoritaire et dérangeant, le discours pour une plus grande égalité entre hommes et femmes a commencé par être toléré, puis entendu et pris au sérieux avant de devenir un discours accepté, un discours dominant, politiquement correct. Exemple particulièrement instructif d'une idée qui a pris son origine au sein de la société civile, qui a pénétré la sphère étatique par le biais d'institutions telles que l'initiative populaire et les interventions parlementaires, qui a pris ancrage dans les lois et même dans la constitution, elles-mêmes renforcées par les traités, qui est portée et propagée, sinon imposée par l'administration et reconnue par les juges. Toutes les sources du droit l'expriment désormais et lui confèrent une force qui rejaillit sur la société civile où elle s'impose même dans des lieux insoupçonnés. Qui oserait encore, aujourd'hui, remettre en question, voire contester la nécessité et la justesse de ce combat?

Comme souvent pour les idées dominantes dont les fondements ne peuvent plus guère être remis en cause par des arguments rationnels, la réaction vient d'une certaine indifférence, d'une ignorance voulue dont certains, et particulièrement les jeunes, font preuve à l'égard du droit et de l'idéologie de l'égalité des sexes. Non pas qu'ils jugent ce droit et cette idée mauvais ou erronés. Mais tout se passe comme si la préoccupation d'une plus grande égalité des sexes avait perdu de sens et de pertinence, appartenant à un monde qui n'est plus de ce temps. L'égalité entre hommes et femmes? Elle va de soi, parlons donc d'autre chose. Un pas de plus et l'on conclut, bon gré mal gré, que le combat pour une plus grande égalité entre femmes et hommes est devenu un combat d'arrière-garde, comme quatorze-dix-huit et mai soixante-huit.

La bienveillante indifférence que manifeste la jeunesse à l'égard de l'égalité des sexes suscite bien évidemment la critique et l'ire des moins jeunes qui,

ayant grandi dans cette idéologie rassurante, constatent preuve à l'appui qu'il subsiste bien des domaines, et pas les moindres, où l'égalité est un leurre et qui fustigent l'égoïsme et le consumérisme des générations actuelles. Et ainsi, le fossé s'agrandit. La détermination des uns à continuer le combat, à l'imposer même à ceux qui ne le comprennent plus, à l'officialiser par tous les moyens, même mauvais⁶, ne peut qu'augmenter l'incompréhension et l'indifférence des autres. Comme stimulant d'un changement social, l'idée d'égalité entre hommes et femmes semble avoir vécu.

B. La tentation de l'innocence

«Nous *luttons* pour une plus grande égalité entre les femmes et les hommes.»

L'égalité est par définition un concept de lutte, un stimulant de combat. Elle ne tombe pas du ciel. N'en déplaise à ROUSSEAU, nous ne sommes égaux ni à la naissance, ni dans la mort et encore moins au cours de notre vie. L'idée d'égalité nous engage à lutter contre cet état de choses.

La lutte pour l'égalité n'est cependant pas une lutte contre les choses, une lutte contre la nature, mais une lutte contre l'homme. Pour l'égalité des sexes, cela va sans dire. Car les situations d'inégalité profitent toujours à ceux – et non pas à celles – qui sont moins inégaux, c'est-à-dire plus égaux que les autres. Voici pourquoi l'idée d'égalité implique toujours un combat de ceux ou de celles qui se sentent victimes de l'inégalité contre ceux ou celles qui sont censés en tirer profit. C'est ainsi que derrière la lutte séculaire pour une plus grande égalité entre les femmes et les hommes se profile et se répand ce poison de notre temps que PASCAL BRUCKNER appelle la tentation de l'innocence⁷. Quoi de plus beau, quoi de plus rassurant, quoi de plus gratifiant que de se sentir et de se savoir victime. Car, par définition, les victimes ne sont pas responsables. Elles sont abonnées à l'innocence et celle-ci leur donne des

⁶ Par exemple les primes versées aux universités qui procèdent à la nomination de femmes professeurs, selon le programme «Egalité des chances» présenté par le Conseil fédéral (FF 1999 271) et fondé sur la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur l'aide aux universités: retour indécent à une conception qui traite les femmes comme une marchandise et qui fait intervenir dans la procédure de nomination des professeurs un élément étranger, à savoir l'argument financier, qui risque de fausser le débat et qui pourrait même constituer une source de discrimination.

⁷ PASCAL BRUCKNER, *La tentation de l'innocence*, Paris 1995.

ailles. Les victimes n'y sont pour rien. Les fautifs, les responsables, c'est toujours les autres. Et les autres, en matière d'égalité des sexes, c'est eux, c'est nous, c'est moi, bref: c'est les hommes.

Les hommes? Quels hommes? On se souvient que les adversaires des premiers temps étaient les machistes, les phalocrates, ceux qui déduisaient leur supériorité de la nature, c'est-à-dire de leur virilité. A supposer qu'ils aient jamais existé, ils ont disparu. Plus personne n'ose aujourd'hui sérieusement s'afficher macho, sauf peut-être dans des revues et autres cabarets satiriques, et encore. L'idéologie de l'égalité des sexes a littéralement émâcié, sinon gommé la vision naguère répandue et même dominante – mais l'était-elle vraiment? – de la supériorité des hommes. Ce faisant, elle a élargi le cercle de ses adversaires. Désormais, l'ennemi n'est plus tel individu mâle isolé aux conceptions anachroniques mais le sexe fort, l'homme en tant que tel, quelles que soient ses opinions.

Parallèlement, les victimes se sont elles aussi en quelque sorte objectivisées. Ce ne sont plus Mesdames KEMPIN⁸, ROEDER⁹, QUINCHE¹⁰, LOUP¹¹ et autres ROHNER¹² qui souffrent individuellement des inégalités que le droit leur impose. Désormais, les victimes sont les femmes en tant que groupe, le sexe faible en tant que tel, indépendamment des convictions ou situations concrètes.

Et ainsi, les fronts se figent. L'idéologie de l'égalité des sexes, dominant le débat, croit pouvoir déduire de cette domination la prérogative, sinon le droit d'imposer sa vision morale aux deux camps, de leur coller des étiquettes. D'un côté donc les innocentes, les victimes, les femmes, qui n'y peuvent rien mais qui veulent tout; de l'autre côté les coupables, les bourreaux, les hommes, qui sont responsables et qui sont prêts à lâcher tout. Se pourrait-il que l'engouement de notre génération pour le combat de l'égalité des sexes ne soit qu'un indice de la profondeur qu'a atteint dans nos sociétés riches et complexes – ce qui veut dire riches en complexes – le sentiment de victimisation de tout groupe qui se considère, à tort ou à raison, comme minoritaire?

⁸ ATF 13, 5 *Kempin*.

⁹ ATF 49 I 14 *Roeder*.

¹⁰ ATF 83 I 174 *Quinche*.

¹¹ ATF 103 Ia 527 *Loup*.

¹² ATF 116 Ia 359 *Rohner*.

C. *D'un droit individuel à un droit collectif*

«Nous luttons pour une plus grande *égalité* entre les femmes et les hommes.»

Le changement de perspective que traduit la définition implicite des victimes des inégalités fondées sur le sexe se retrouve, en droit, dans la détermination jurisprudentielle et doctrinale de la finalité du droit constitutionnel garantissant l'égalité entre hommes et femmes.

Avant l'adoption, en 1981, de l'article constitutionnel sur l'égalité des sexes, les litiges portant sur l'inégalité juridique entre hommes et femmes étaient résolus sur la base du principe général d'égalité. La question que le juge constitutionnel était appelé à trancher était celle de la pertinence du critère du sexe dans le domaine où l'autorité a cru bon d'y recourir. Elle ne se distinguait guère des inégalités dans et devant la loi qui étaient fondées sur un autre critère. En exigeant de l'autorité, selon la formule consacrée, qu'elle traite les situations semblables de façon identique et les situations dissemblables de façon différente¹³, le juge tentait d'éliminer les discriminations, à savoir les traitements différents ou identiques qui portaient préjudice aux justiciables recourants. Qu'elle s'adresse au législateur ou à l'autorité chargée d'appliquer la loi, l'exigence constitutionnelle d'égalité a pour fonction essentielle de protéger l'individu qui s'en prévaut.

La reconnaissance d'un droit fondamental garantissant l'égalité entre hommes et femmes opère nécessairement un changement de perspective. Si, sur le plan de la procédure, le nouveau droit constitutionnel conserve sa fonction individualiste, car seul celui ou celle qui est personnellement touché dans ses droits a qualité pour recourir (art. 88 OJ), sa fonction protectrice dépasse nécessairement la sphère individuelle pour viser le groupe, le collectif, les femmes en tant que catégorie sociale. C'est bien parce que le constituant a jugé que le droit général à l'égalité n'a pas permis d'améliorer la situation juridique et sociale des femmes que celles-ci se sont vu reconnaître un droit spécifique à l'égalité des sexes¹⁴.

C'est donc à tort que le Tribunal fédéral a déclaré, dans le premier arrêt portant sur l'article constitutionnel relatif à l'égalité entre hommes et fem-

¹³ ATF 103 Ia 517, 519 *Loup*.

¹⁴ FF 1978 II 1273, 1980 I 135.

mes, qu'il ne fallait pas «*transposer la notion d'égalité des chances sur le plan collectif*» ni «*méconnaître le caractère individuel*» de ce droit, identique à celui de tous les autres «*droits constitutionnels que l'Etat confère à chaque citoyen*»¹⁵. Du moment qu'il se concrétise dans le domaine des relations entre hommes et femmes, le principe d'égalité a bien pour fonction supplémentaire de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes considérés comme groupes. Son effectivité ne se mesure pas au nombre des cas où une femme a concrètement obtenu gain de cause en se prévalant en justice de l'égalité des sexes. Elle dépend bien plutôt de l'amélioration générale de la situation juridique et sociale des femmes par rapport à celle des hommes. Si elle était jugée uniquement en fonction du premier critère, on serait d'ailleurs obligé de conclure que l'art. 4 al. 2 aCst. a été d'une singulière inefficacité, tant il est vrai que la plupart des affaires jugées par le Tribunal fédéral ont profité aux hommes et non directement aux femmes¹⁶.

Ainsi, la référence au groupe est déjà contenue, du moins accessoirement, dans le droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes¹⁷. Elle devient exclusive dans la définition constitutionnelle du mandat conféré au législateur de pourvoir à l'égalité matérielle, dans les domaines de la famille, de la formation et du travail (art. 8 al. 3 2^{ème} phrase Cst.). L'individu passe ici au second plan pour laisser la place au collectif, au collectif des femmes dont le statut et les performances sont comparés à ceux du collectif des hommes.

D. De l'égalité en droit à l'égalité de fait

«Nous luttons pour *une plus grande égalité* entre les femmes et les hommes.»

Le combat d'aujourd'hui n'est plus un combat pour l'égalité des deux sexes, mais pour une plus grande égalité entre hommes et femmes. La nuance est de taille. Quand les femmes étaient privées du droit de vote, exclues de toutes les professions sauf celle de mère et ménagère, quand elles n'avaient rien à dire ni dans la famille ni dans la société et encore moins dans l'Etat, il

¹⁵ ATF 108 Ia 22, 31 *Fischer*.

¹⁶ ANDREAS AUER, «Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst.» *PJA*, 1993, p. 1336, 1340/41.

¹⁷ CHARLES-ALBERT MORAND était d'un avis contraire, (note 1), p. 100.

fallait et il suffisait de revendiquer l'égalité, l'égalité tout court, dans toute sa simplicité et sa splendeur. Aux exclus, l'idée d'égalité promet et permet à terme de devenir des inclus, de faire partie du jeu. A partir du moment où les femmes ont conquis la citoyenneté, dès lors qu'elles peuvent accéder à toutes les chefferies modernes – chef de famille, chef d'entreprise, chef de bureau, chef d'Etat – l'égalité toute nue ne suffit plus. Car, oh surprise, les inégalités persistent, voire se renforcent en se déplaçant. Une fois admises dans le cercle des initiés, les femmes constatent que l'égalité est encore loin et qu'il faut continuer le combat.

Le discours dominant en déduit qu'il faut dépasser le formalisme étroit de l'égalité juridique pour revendiquer l'égalité de fait, l'égalité matérielle, la *tatsächliche Gleichstellung* comme le dit si bien, dans le sillage de l'art. 1^{er} de la loi sur l'égalité du 24 mars 1995, la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale. L'art. 4 al. 2 aCst. se passait de cet adjectif, qui est donc nouveau. La nouveauté n'est pas innocente. L'égalité de fait a acquis le statut de norme constitutionnelle. Un pas de plus, et on reproche à l'égalité de droits, naguère si convoitée, de bloquer l'accès à la nouvelle terre promise. Or les inégalités de fait sont partout, dans tous les recoins de l'organisation sociale, économique et politique. Car la société, à savoir les rapports sociaux entre les hommes et les femmes, est fondamentalement et foncièrement inégale, parce que les hommes et les femmes, qu'on le veuille ou non, le sont tout autant. Dès lors on postule que le combat pour l'égalité matérielle ne peut être qu'un combat à long terme, où les étapes se suivent et ne se ressemblent pas, dans l'espoir qui est devenu certitude d'atteindre un jour l'objectif fixé.

Dans cette longue ascension vers une plus grande égalité entre femmes et hommes, le moment est peut-être venu de se poser la question de savoir ce qui adviendrait si, par impossible, le sommet était atteint et l'égalité matérielle pleinement réalisée. Poser la question c'est y répondre. La vision d'un avenir radieux où les différences de fait entre hommes et femmes auront été, grâce au droit, définitivement éliminées est prisonnière, comme le marxisme, de cette conception optimiste, née au 19^{ème} siècle, qui promet l'avènement d'une société qui baignerait béatement dans une harmonie totale. On peut même dire qu'elle partage avec le marxisme un certain totalitarisme, en ce qu'elle justifie les sacrifices que peuvent impliquer les mesures visant à éliminer les inégalités de fait par la nécessité impérieuse d'atteindre enfin le royaume promis.

Le dépassement de l'égalité formelle par l'égalité matérielle, désormais consommé en droit, risque fort de nous faire oublier «à quel point le caractère formel de l'égalité est porteur d'effets réels: c'est parce que l'égalité (...) n'est que formelle qu'elle tend à s'établir en toute relation humaine. Vouloir réaliser matériellement l'égalité, c'est nécessairement limiter son champ d'application à l'objet visé ici et maintenant par l'action politique chargée de cette réalisation»¹⁸. Il n'est donc pas certain que la fixation sur l'égalité matérielle représente en tous points un progrès dans la mise en œuvre du principe d'égalité.

E. Les femmes d'abord

«Nous luttons pour une plus grande égalité entre les femmes et les hommes.»

L'égalité tant convoitée est celle, bien sûr, entre femmes et hommes et non entre hommes et femmes. Il est tout à fait remarquable de constater avec quelle facilité l'expression «égalité entre hommes et femmes» a pratiquement disparu du discours dominant. Parce que, justement, les hommes sont toujours considérés comme étant, en fait, nettement plus égaux que les femmes, il est politiquement incorrect de ne pas faire précéder celles-ci sur ceux-là quand il est question d'égalité. C'est, dit-on, une simple question d'égalité.

Fidèle à sa tradition de suivre plutôt que de contredire le discours dominant, le droit emboîte le pas. La loi fédérale du 24 mars 1995 et le Bureau fédéral qu'elle institue (art. 16) ont bien pour titre et pour objet l'égalité entre femmes et hommes. La Constitution tessinoise du 14 décembre 1997 opère le même changement (art. 7), qui n'est pas seulement terminologique. A ce sujet, la Constitution fédérale de 1999, qui continue à se référer à l'ancienne formule de l'égalité entre l'homme et la femme, fait preuve d'un anachronisme plutôt rassurant.

Ce renversement linguistique des priorités s'inscrit dans la tendance qui s'efforce, quitte à faire violence à la langue et surtout à l'esthétique, de réaliser l'égalité entre hommes et femmes dans le langage écrit: les cheffes et les professeures, les doyennes et les étudiant(E)s, les droits humains et les

¹⁸ PIERRE MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris 1982, p. 178, 179.

procureures peuplent désormais non sans fierté les écrits universitaires. Le «Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération», établi par les soins de la Chancellerie fédérale en décembre 2000¹⁹, recommande l'emploi de termes épiciènes, du doublet intégral, la féminisation de l'article, le singulier collectif et autres ellipses, pour conclure que «*le recours au masculin générique ne devrait pas systématiquement remplacer toutes les autres solutions...*». A coup sûr, cette normalisation linguistique formellement égalitaire est considérée comme un progrès décisif, parce que symbolique, dans la longue lutte pour l'égalité entre femmes et hommes.

Dans les hauteurs béantes qu'a atteint désormais le débat sur et surtout autour de l'égalité entre les sexes, le choix, l'emplacement et l'écriture des mots sont devenus suspects, l'idéologie du langage a pris le dessus, un sexe est à nouveau, au moins formellement, prioritaire par rapport à l'autre. Le symbole en est venu à se substituer aux faits, à dépasser le droit et à se suffire bientôt à lui-même.

Conclusion

A tant pourchasser la moindre différence de droit, de fait et de mots entre les sexes, vite taxée de discrimination, pourrions-nous encore, les hommes et les femmes, nous regarder, nous parler, nous toucher, nous séduire – vivre ensemble?

Ce que TOCQUEVILLE a prédit en 1841 pour la race blanche et la race noire vaut peut-être plus encore pour les hommes et les femmes. «*Je ne crois pas, pourrait-il ainsi écrire, que le sexe masculin et le sexe féminin en viennent nulle part à vivre sur un pied d'égalité*». La question est de savoir si c'est une bonne ou une mauvaise chose.

¹⁹ www.admin.ch/ch/f/bk/sp/doc/guide-de-formulation-non-sexiste.html.

DROITS DE L'HOMME, DROIT NATUREL ET DROIT PUBLIC DANS LA PENSÉE DE PELLEGRINO ROSSI

ALFRED DUFOUR

Professeur à l'Université de Genève

En un temps où les Droits de l'Homme sont en passe de devenir l'objet d'un nouveau culte, avec ses Croisés, ses dogmes, sa doctrine, voire son Magistère et son Eglise universelle – l'Organisation des Nations Unies – dont les instances définissent périodiquement de nouveaux articles de foi illustrant un nouvel avatar de la théorie newmanienne du développement dogmatique¹, il n'est pas sans intérêt de se reporter à l'époque qui a vu l'émergence de cette nouvelle religion² en s'arrêtant aux prises de position des jurisconsultes et théoriciens du Droit et de l'Etat face aux premières Déclarations des Droits de l'Homme américaine et française et face à la doctrine politico-juridique qui les inspirait: la doctrine de l'Ecole du droit naturel moderne. Nombre de ces réactions des contemporains des Révolutions américaine et française sont bien connues: il n'est que de citer celles que formulent les *Reflections on the Revolution in France* de 1790 d'EDMUND BURKE (1729-1797)³ ou les

¹ L'émergence d'un nouveau Droit de l'Homme comme le droit à l'alimentation, dont un Commissaire *ad hoc* vient d'être chargé de préparer la promulgation solennelle, n'est pas sans rappeler *mutatis mutandis* le processus qui a conduit au milieu du XIX^{ème} siècle à la promulgation au sein de l'Eglise catholique-romaine du dogme de l'Immaculée Conception par Pie IX le 8 décembre 1854 ou celui qui a mené au milieu du XX^{ème} siècle à la promulgation du dogme de l'Assomption par Pie XII le 1^{er} novembre 1950.

² Cf. les propos significatifs de JULES MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, Paris 1961, tome I, p. 204-205, soulignant le «sentiment de religion» apporté par l'Assemblée nationale à fin août 1789 «au solennel examen de la Déclaration des Droits».

³ Cf. EDMUND BURKE, *Reflections on the Revolution in France and on the proceedings in certain societies in London relative to that event*, Londres 1790, traduction française DUPONT, Paris 1791. Voir aujourd'hui l'excellente édition d'EDMUND BURKE, *Réflexions sur la Révolution française*, donnée par PHILIPPE RAYNAUD dans la traduction de PIERRE ANDLER, avec annotations d'ALFRED FIERRO et GEORGES LIÉBERT, Paris 1989.

Untersuchungen über die französische Revolution d'AUGUST WILHELM REHBERG (1757-1836) de 1793⁴, celles qui transparaissent dans la réplique de THOMAS PAINE (1737-1809) à EDMUND BURKE dans son *On the Rights of Man* de 1792⁵ et celles dont JOSEPH DE MAISTRE (1753-1821) se fera l'écho dans ses *Considérations sur la France* de 1797⁶, sans oublier les diatribes plus tardives de KARL MARX (1818-1883) en 1843 dans son libelle *Die Judenfrage*⁷. D'horizons différents, ces diverses prises de position sont suffisamment connues pour que nous nous bornions à les mentionner⁸. Relativement moins connue nous paraît en comparaison l'attitude d'un PELLEGRINO ROSSI (1787-1848), le juriconsulte et homme d'Etat à la carrière européenne, qui enseignera successivement à Bologne, à Genève et à Paris, et qui mènera parallèlement une intense activité politique et diplomatique qui se terminera tragiquement à Rome en 1848⁹.

Il ne nous semble pas hors de propos, pour rendre hommage à notre collègue et ami CHARLES-ALBERT MORAND, qui s'est de tout temps intéressé aux Droits de l'Homme et a longtemps enseigné le droit public général, de nous attacher à élucider la pensée de PELLEGRINO ROSSI en matière de Droits de l'Homme, de droit naturel et de droit public; les réflexions de Rossi sur les Droits de l'Homme apparaissant étroitement liées à sa critique de la doctrine du droit naturel qui les inspire comme à sa conception de l'enseignement du droit public.

⁴ Hanovre-Osnabrück 1793.

⁵ Cf. THOMAS PAINE, *The Rights of Man: being an Answer to Mr. Burke's attack on the French Revolution*, Londres 1791, traduction française par FRANÇOIS SOULÈS, Paris 1791, réédité par CLAUDE MOUCHARD, Paris 1987.

⁶ Cf. JOSEPH DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Neuchâtel 1797, réédité in: JOSEPH DE MAISTRE, *Ecrits sur la Révolution*, Paris 1989.

⁷ Cf. KARL MARX, *Zur Judenfrage* (1843), in: KARL MARX, *Frühschriften*, Stuttgart 1953, traduction française par JEAN-MICHEL PALMIER, Paris 1968.

⁸ On trouvera un aperçu de ces différentes prises de position dans notre rapport général au Congrès d'Athènes-Delphes de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions de 1981, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans la pensée politique et juridique depuis le XVI^{ème} siècle en Europe et en Amérique*, Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Paris 1988, tome L, p. 1-45, notamment p. 25-27.

⁹ Voir notre *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848)*, *Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle 1998, dans la ligne de JEAN GRAVEN, *Pellegrino Rossi Grand Européen*, Genève 1949.

Pour ce qui est de nos sources, nous nous en tiendrons aux articles et aux cours de PELLEGRINO ROSSI à Genève comme à Paris. C'est dire que nos sources comprendront, d'une part, les articles publiés dans les *Annales de Législation*, en particulier l'étude de 1820 intitulée «De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science» et publiée en forme d'article introductif au premier tome de la Revue genevoise¹⁰, comme dans la *Revue des Deux Mondes*, notamment le compte-rendu de la deuxième partie de la *Démocratie en Amérique* de Tocqueville paru en 1840¹¹; nos sources comprendront, d'autre part, les cours de droit public de Rossi à Genève comme à Paris, à savoir le *Cours de droit public et international* donné à la Faculté de Droit de Genève en 1828-1829¹² et le *Cours de droit constitutionnel* donné à l'Ecole de Droit de Paris à partir de 1835-1836 et publié en 1866-1867¹³.

I.

C'est dès sa contribution majeure au premier tome des *Annales de Législation et de Jurisprudence* de 1820 à Genève¹⁴ que PELLEGRINO ROSSI prend explicitement position face à l'idéologie des Déclarations des Droits de l'Homme. Il le fait à l'occasion de l'examen des trois principales Ecoles de pensée juridique de son temps attelées à renouveler l'étude du droit: l'Ecole philosophique, l'Ecole analytique et l'Ecole historique. Si c'est principalement de la collaboration des deux dernières, attachées à considérer l'une «l'homme actuel», l'autre «l'homme historique», qu'il attend l'impulsion la plus salutaire pour le renouvellement de l'étude et de la science du droit¹⁵,

¹⁰ Voir *Annales de Législation et de Jurisprudence*, tome 1, Genève 1820, p. 1-69 et p. 357-428; réédité in: PELLEGRINO ROSSI, *Mélanges d'Economie politique, d'Histoire et de Philosophie*, tome 2, Paris 1857, p. 290-407, plus accessible et à laquelle nous renverrons dans la présente étude.

¹¹ Cf. PELLEGRINO ROSSI, «De la Démocratie en Amérique par M. A. de Tocqueville», in: *Revue des Deux Mondes*, tome 23, 4^{ème} série, Paris 1840, p. 886-904.

¹² Cf. Ms. Cours universitaires 429, 2 cahiers de 23 et 19 feuillets, notes prises par GUILLAUME CAYLA, 1828-1829.

¹³ Cf. PELLEGRINO ROSSI, «Cours de Droit constitutionnel professé à la Faculté de Droit de Paris», recueilli par M. A. PORÉE, 4 vol., in: *Œuvres complètes de Pellegrino Rossi*, Paris 1866-1867.

¹⁴ ROSSI (note 10).

¹⁵ ROSSI (note 10), p. 317-347.

c'est que la première, qu'il identifie à l'Ecole du droit naturel moderne, ne considère que «l'homme en lui-même», «l'homme abstrait»¹⁶:

«Or», souligne-t-il, «ceux qui n'étudient que l'homme abstrait deviennent facilement des hommes à utopies, toutes les fois qu'ils veulent se mêler de gouverner le monde. Entêtés, parce que les idées spéculatives n'admettent point de transaction et ne rencontrent jamais d'obstacles insurmontables, leur législation est une sorte d'algèbre, appliquée, comme celle des mathématiciens, à des corps parfaitement homogènes et continus qui n'ont jamais existé.»¹⁷

C'est ainsi l'*esprit d'abstraction* qui lui paraît le défaut principal de la théorie des droits naturels à la base de la notion de Droits de l'Homme:

«Les écrivains de droit naturel ont procédé pour la théorie des droits comme Condillac pour celle des idées. Ils ont dépouillé l'homme de toutes ses qualités réelles, ils en ont fait une statue, et ils ont dit: «Donnons-lui des droits!». Ils ont imaginé une chimère, un état naturel, sur la définition duquel ils ne sont point d'accord, et ils ont dit: «Commençons par donner à l'homme des droits naturels!». Mais, quoi qu'on pense du procédé de CONDILLAC, le métaphysicien du moins commençait par faire éprouver à sa statue la sensation la plus simple possible: nos docteurs commencent par donner à l'homme des droits, c'est-à-dire l'attribut le plus complexe possible.»¹⁸

Rien d'étonnant alors à ce qu'il s'en prenne aux Déclarations des Droits de l'Homme américaine et française avec la même virulence:

«Ces déclarations des droits de l'homme, l'une plus absurde que l'autre, qu'on a forgées en France et en Amérique, est-ce dans les écoles de droit qu'on les a apprises? Est-ce d'un professeur que JEAN-JACQUES ROUSSEAU a appris les principes exagérés qui déparent son *Contrat social* et son *Discours sur l'inégalité des conditions?* [sic].»¹⁹

Rien d'étonnant non plus à ce qu'il évoque les propos de Louis XVI sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, lorsqu'elle fut présentée à l'acceptation royale:

«Je ne m'explique point sur votre déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle contient de très bonnes maximes, propres à guider vos travaux; mais des principes susceptibles d'applications et même d'inter-

¹⁶ ROSSI (note 10), p. 317.

¹⁷ ROSSI (note 10).

¹⁸ ROSSI (note 10), p. 379-380.

¹⁹ ROSSI (note 10), p. 362.

prétations différentes ne peuvent être justement appréciés et n'ont besoin de l'être qu'au moment où leur véritable sens est fixé par les lois.»²⁰

En fait, la critique que formule PELLEGRINO ROSSI à l'égard de la notion de *Droits de l'Homme* procède essentiellement de deux sources: d'une part, le pragmatisme, voire l'utilitarisme benthamien; d'autre part et surtout, le positivisme juridique romaniste classique.

C'est significativement que Rossi dénonce d'abord à cet égard l'*irréalisme* de la notion de *Droits de l'Homme*:

«Nos docteurs commencent par donner à l'homme des droits, c'est-à-dire l'attribut le plus complexe possible. Car qu'est-ce pour un jurisconsulte qu'un droit, sans autorisation? Qu'est-ce que la simple autorisation de sa propre raison, c'est-à-dire qu'est-ce que l'autorisation que l'homme se donne à lui-même pour se créer un droit? Qu'est-ce qu'un droit sans garantie? Qu'est-ce qu'un droit sans obligation corrélatrice? Qu'est-ce qu'une obligation sans sanction, ou du moins sans puissance coactive supérieure?»

Ce sont ces questions et mille autres semblables, qu'il fallait nettement résoudre, non par des *abstractions*, des phrases vagues, et des idées encore plus complexes, mais à l'aide de données bien positives et bien simples, avant de vouloir appliquer l'idée de droit, et plus encore l'idée de droit naturel.»²¹

Ce n'est dès lors pas sans raison que Rossi renverra explicitement «ceux qui désireraient une réfutation complète des doctrines à la base de celle des Droits de l'Homme» aux cinq premiers chapitres et aux chapitres XII et XIII des *Traité de Législation* de JEREMY BENTHAM (1748-1832) comme aux *Sophismes anarchiques* ou *Examen critique de diverses Déclarations des Droits de l'Homme* que recèle le second volume de la *Tactique des Assemblées législatives* du même auteur²².

Mais si Rossi rejette la notion même de *Droits de l'Homme*, c'est avant tout, à notre sens, parce qu'en bon romaniste il ne conçoit de *droits* qu'en *société*:

«Ce qu'on entend sous le nom de droit naturel, de droit de la raison, de droit commun à tous les hommes, note-t-il ainsi de manière révélatrice, se trouvait compris pour les Romains dans la définition du *jus gentium*.»²³

²⁰ ROSSI (note 10), p. 379.

²¹ ROSSI (note 10), p. 380.

²² ROSSI (note 10), p. 377-378, note 2.

²³ ROSSI (note 10), p. 374-375, note 1.

Et il souligne par ailleurs tout aussi clairement:

«L'homme dans l'état de nature n'est pas la règle, mais l'exception.

C'est à l'homme social à remplir les hautes destinées auxquelles le Créateur l'a réservé [...].

Quoi qu'il en soit, il est évident à nos yeux que le système des obligations et des droits sociaux ne peut être que l'ensemble des résultats du *fait* de l'association d'êtres intelligents et sensibles [...]. Il est des droits et des obligations qui sont à peu près les mêmes dans toutes les sociétés; pourquoi cela? C'est parce qu'il y a des besoins communs à tous les corps sociaux, et qui tiennent à l'essence même de ces corps [...]. Le système de droit, l'ensemble des principes qui sont les fondements nécessaires de tout corps social peut s'appeler le droit social universel.

Le système de droit propre à chaque société d'après les caractères sociaux de cette société peut s'appeler le droit social particulier.»²⁴

Et Rossi de spécifier à nouveau en note:

«Les Romains appelaient le premier *jus gentium*, le second *jus civile*.»²⁵

Révélant enfin bien le *positivisme* qui l'inspire, Rossi conclut:

«A la vérité notre système n'offre rien d'abstrait; on n'y vise pas à la profondeur, il ramène sans cesse aux faits et aux choses *positives*. Ce système pourrait servir à prouver que le droit féodal a été, dans un temps, aussi convenable que l'est aujourd'hui le système représentatif. Mais il ne prouvera pas moins que le système représentatif est aujourd'hui aussi nécessaire et aussi inévitable que l'a été jadis le droit féodal. Nous nous contentons de ce résultat.»²⁶

Au cœur de la critique rossienne de la notion de *Droits de l'Homme*, il y a fondamentalement le rejet de toute la doctrine de l'École du droit naturel moderne; il n'est pas sûr cependant que Rossi en ait bien saisi l'origine et les fondements méthodologiques, ni qu'il l'ait bien distinguée de la doctrine de l'École kantienne. C'est ce que nous voudrions tenter de montrer pour conclure cette première partie de notre contribution.

A quelle *occasion* et à l'exemple de quel *jusnaturaliste* majeur Rossi développe-t-il sa critique de la doctrine de l'École du droit naturel moderne?

²⁴ ROSSI (note 10), p. 386-388.

²⁵ ROSSI (note 10), p. 388, note 1.

²⁶ ROSSI (note 10), p. 389.

Quant à l'*occasion*, c'est dans le cadre de son projet de rénovation de l'enseignement du droit qui forme l'essentiel de la deuxième partie de son étude de 1820 publiée dans le premier tome des *Annales de Législation*; il y expose ce qu'il entend par *Principes de législation* ou *Jurisprudence philosophique* en guise de partie générale de l'enseignement du droit²⁷ et qu'il veut résolument distinguer de toute espèce de *droit naturel*:

«*Droit naturel!* Si on faisait le catalogue de toutes les significations qu'on a attribuées au mot de *droit* et au mot de *nature*, on serait étonné du nombre et de la variété. N'y en eût-il que dix pour chacun de ces deux mots, on devrait déjà être effrayé du nombre de significations différentes que peut avoir l'expression éminemment complexe de *droit naturel*.

Droit naturel! Tels sont les mots qu'un docteur de droit naturel écrit d'avance en tête de son livre. Il suppose ainsi ce qui est en question. Il y a, dit-il, des droits naturels; trouvons-les. Il y a des droits naturels; la preuve est que Ulpien en a donné une définition. A la vérité, elle n'est pas édifiante pour notre amour-propre; elle place l'homme au rang des bêtes, ou si l'on veut, elle élève les bêtes jusqu'à nous. Mais nous allons en donner une meilleure, après quoi nous chercherons l'objet que nous avons défini.

Et où le cherche-t-on cet objet? Partout. Ces docteurs, un corps de droit à la main, se demandent sur chaque matière traitée par le jurisconsulte: «Est-elle fondée sur le droit naturel?». Même à propos de prescription, ils ont posé la question: «Dérive-t-elle du droit naturel?». Ceux qui ont voulu nous donner des résultats susceptibles d'application, n'ont fait que prendre dans le droit civil des Romains une série de propositions, et après les avoir dépouillées de toutes les particularités et de tous les caractères spéciaux qui les rendaient propres au système romain, ils nous les ont offertes comme autant de thèses de droit naturel.

Mais quel est le catalogue exact de ces droits naturels? Il faut bien nous le donner: autrement chaque individu réclamera des droits à sa guise, et des droits innés, éternels, imprescriptibles. Cependant, *quot capita tot sententiae*. Chaque docteur a sa révélation naturelle à lui. S'ils sont d'accord entre eux sur quelque chose, c'est sur des généralités, les généralités admettant toutes les opinions et n'en excluant aucune.»²⁸

Pour ce qui est de l'*auteur* et de l'*œuvre* dont il part, ce n'est rien moins que le traité du kantien FRANZ VON ZEILLER (1751-1828), rédacteur principal de

²⁷ ROSSI (note 10), p. 374 ss.

²⁸ ROSSI (note 10), p. 374-376.

l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien de 1811²⁹, consacré au droit privé naturel³⁰:

«J'ouvre un traité récent de *Droit naturel*. L'auteur n'est pas suspect de vouloir, comme on le disait chez les Romains, *moliri res novas*. Voici ce qu'on trouve dans son livre: «Les *droits innés* sont le fondement de *tous les droits soit naturels, soit positifs*. Nous les recevons directement de la nature [...]. C'est pourquoi on les appelle droits immédiats originaires [...]. On peut les ramener tous à un premier droit principal qui s'appelle droit *originnaire*. C'est le droit de la *personnalité*, c'est-à-dire le droit de soutenir la dignité d'un être raisonnable doué de la faculté d'agir librement [...]. Parmi les droits innés appartenant à l'homme, relativement à sa propre personne, on distingue premièrement le droit de l'indépendance, c'est-à-dire le droit de n'être assujéti à aucune volonté extérieure et coactive. Aucun homme, en tant qu'homme, n'a le droit d'ordonner à un autre de faire une chose ou de s'abstenir de la faire [...]. C'est du droit originnaire et de l'indépendance que découlent les autres droits [...].»³¹

Et ROSSI de conclure hâtivement:

«En pareil cas, citer c'est réfuter. C'est de ces doctrines vagues et hasardeuses que sont dérivées les erreurs les plus funestes au maintien des sociétés civiles. Loin de nous la pensée d'insulter des écrivains dont nous ne suspectons en aucune manière les motifs. C'est de bonne foi que ces docteurs nous parlant sans cesse de Divinité, de raison, de morale, de droits et de devoir[s], deviennent par leurs principes vagues et arbitraires, des apôtres de l'anarchie, ou des suppôts du despotisme.»³²

²⁹ Cf. ERNST SWOBODA, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*, Graz 1926; sur FRANZ VON ZEILLER et son œuvre voir l'excellent volume publié il y a une vingtaine d'années par la Wiener Rechtsgeschichtliche Gesellschaft: *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, Vienne 1980.

³⁰ Cf. FRANZ VON ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, Vienne 1802; 3^{ème} éd., Vienne 1819.

³¹ ROSSI (note 10), p. 376-377.

³² ROSSI (note 10), p. 377-378. Ainsi que le note BRUNO SCHMIDLIN, «L'éclectisme philosophique de Rossi dans sa conception d'une nouvelle étude du droit», in: *Des libertés et des peines, Actes du Colloque Pellegrino Rossi*, Genève 1979, p. 70, dans sa judicieuse analyse de l'approche rossienne de ZEILLER: «Déjà le changement du terme de droit naturel en droit originnaire aurait mérité plus d'attention, puisque ce droit originnaire de la personnalité, fondé sur la liberté subjective, n'est rien d'autre que ce que KANT a formulé dans son introduction à la Doctrine du droit: «*Das angeborene Recht ist nur ein einziges ... Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jeder anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht*» (KANT, *Die metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Francfort/Main, 1972,

De toute évidence, PELLEGRINO ROSSI, en prenant pour cible représentative de la doctrine jusnaturaliste la philosophie du droit de FRANZ VON ZEILLER, directement inspirée de la philosophie juridique kantienne, n'a pas saisi ce qui différencie la philosophie du droit de KANT de celle de l'École du droit naturel moderne, de HOBBS et de PUFENDORF à CHRISTIAN WOLFF; pire, il paraît n'avoir compris ni l'originalité des fondements *métaphysiques* de la philosophie juridique kantienne, de la spécificité de la *raison pratique* au principe de l'*autonomie de la volonté*, au cœur de la notion de *droit originaire*³³ – sur laquelle il ironise un peu facilement, mais totalement hors de propos –, ni les fondements *philosophiques* de la doctrine jusnaturaliste, de la *fiction méthodologique* de l'*état de nature* à la figure-clef du *contrat social*, seule à même de rendre raison de l'*état politique* dans une perspective philosophique *individualiste subjectiviste*.

II.

Peu convaincante concernant ZEILLER et son *Droit privé naturel*, parce que choisissant mal sa cible et s'en gaussant à bon compte – «en pareil cas, citer c'est réfuter»³⁴ –, la critique rossienne du droit naturel apparaît plus crédible en *droit public*; elle se révèle en fait directement liée, non tant à sa *définition*, à Genève comme à Paris, du *droit public* – «le droit public interne, c'est l'organisation des pouvoirs»³⁵; «le droit public [...] fixe l'organisation du corps social et du pouvoir politique et détermine les rapports qui en résultent»³⁶ – qu'à la conception que ROSSI a de la *fonction* de son enseignement:

p. 345. C'est ce que ZEILLER explique et reproduit dans le par. 41 de son livre et ce que ROSSI cite; c'est «le droit de la personnalité», c'est-à-dire «le droit de soutenir la dignité d'un être raisonnable doué de la faculté d'agir librement» (ZEILLER (note 30), par. 39-40). Et ce droit ne connaît qu'une limite, la liberté et la dignité de l'autre, ou comme le dit ZEILLER: la délimitation de la liberté de chaque individu par la condition que les autres puissent exister comme personnes, à côté de lui».

³³ A preuve sa référence précitée (cf. note 21) aux ouvrages de BENTHAM à l'intention de «ceux qui désireraient une réfutation complète de ces doctrines», ROSSI (note 10), p. 377-378, note 2.

³⁴ ROSSI (note 10), p. 377.

³⁵ ROSSI (note 12), p. 429, 1^{er} cahier, fol. 2.

³⁶ ROSSI (note 13), tome 1, p. 14.

«On abonde en professeurs de mathématiques. Cependant quand je vois un jeune homme étudier, sans directeur, un ouvrage de calcul, je ne suis pas en peine de lui. Rêvât-il à la quadrature du cercle et à la trisection de l'angle, il ne bouleverserait pas le monde pour cela. Mais en le voyant dévorer le *Contrat social*, tout admirateur que je suis du génie de Rousseau, je tremble pour ce jeune homme et pour ses contemporains. Peut-être, me dis-je, va-t-il se persuader, non seulement que toute souveraineté émane du peuple, mais qu'elle n'est pas transmissible; les conséquences de cette erreur sont faciles à tirer; bientôt, il sera convaincu qu'on ne peut sans injustice faire du monde entier autre chose qu'une vaste démocratie. Or, comment ramener ce jeune homme? Sera-ce en lui parlant de droit divin, de droits de famille, de longue possession, de l'acquiescement respectueux de plusieurs générations à un tel ou tel ordre de choses? Ce serait vouloir convertir un athée en posant l'autorité de l'Évangile pour première base du raisonnement. Ou je me trompe fort, ou le seul contrepoison sera dans un bon cours de droit public intérieur, dans lequel, laissant de côté tout ce qui n'est plus de notre temps, on donnera la véritable théorie du système représentatif, on en développera les fondements et les conséquences, et on en démontrera les immenses avantages. C'est alors que tout en apprenant à apprécier ses droits comme citoyen, le jeune homme apprendra en même temps à révéler son prince, et à honorer ceux qui ont mérité d'être placés dans les premiers rangs de l'ordre social. Il apprendra à respecter le peuple sans le flatter, et à chercher le bien de la nation en se réglant non sur les clameurs populaires, mais sur les inspirations de la conscience éclairée d'un honnête homme.»³⁷

Adversaire résolu du jusnaturalisme de son temps, Rossi ne manque pas alors de récuser systématiquement dans ses *Cours de droit public* les thèses *individualistes* sur le *fondement* de la société politique comme l'*état de nature*, le *contrat social* et les *droits naturels* innés, éternels et imprescriptibles des individus.

Dans son *Cours de droit public* de Genève de 1828-1829, Rossi est très clair à cet égard:

«Le système de l'*état naturel* comme base du droit public est une chimère en fait et une erreur en méthode.»³⁸

C'est une chimère en *fait*:

«On a par la pensée peuplé la nature d'hommes sans aucun lien social. On s'est demandé ce que l'homme ferait? Chacun en a fait son roman.

³⁷ ROSSI (note 10), p. 362-363. Voir dans le même sens le compte rendu précité (note 11).

³⁸ ROSSI (note 12), fol. 7v.

Les uns en ont fait un méchant animal, d'autres au contraire un animal bénin, etc.»³⁹

Et c'est une erreur en *méthode*:

«En droit public, on a pris une pareille méthode synthétique et on a décidé *a priori* que l'élément de sociabilité n'était pas un élément naturel. Il ne fallait pas faire l'hypothèse, il fallait prendre l'homme tel qu'il est.»⁴⁰

Car pour ROSSI, comme cela ressort de ses explications à ses étudiants genevois, les conséquences sont d'importance:

«Si l'état d'isolement est conforme à la nature humaine, l'état de société n'est qu'une affaire de choix: il n'y a nulle obligation. La société civile dans ce système n'est pas un devoir [...]. Il n'y a que la convenance des associés. Une telle société serait livrée à la convenance personnelle des sociétaires.»⁴¹

«Au contraire, si la société est une loi de la nature humaine, il y a obligation de la conserver et de la perfectionner [...]»⁴²

Ces formules du *Cours de droit public* de Genève de 1828-1829, ROSSI ne fera que les reprendre et les développer dans son *Cours de droit constitutionnel* de Paris de 1835-1836 au seuil de ses premières leçons sur la *notion de l'Etat* comme au cœur de sa vingt-neuvième leçon sur la *liberté individuelle*⁴³.

Ainsi ROSSI s'exclame-t-il dans sa première leçon de droit constitutionnel à Paris:

«Certes, nul de vous n'imagine que l'Etat, l'association politique, soit uniquement le résultat du rapprochement fortuit d'un nombre plus ou moins grand d'individus dans un espace donné. Les besoins physiques et matériels à satisfaire ne peuvent être la seule cause de la tendance instinctive et générale de l'espèce humaine à vivre en société. Ce rapprochement, cette agglomération, ce n'est là qu'un fait.

La notion de l'Etat implique autre chose. Elle indique une idée de devoir et de droit. Car [...] les associations humaines dûment organisées sont pour l'individu et pour l'espèce tout entière un moyen de développement, un mode de perfectionnement que rien ne saurait remplacer.

³⁹ ROSSI (note 12), fol. 5v.

⁴⁰ ROSSI (note 12), fol. 7v.

⁴¹ ROSSI (note 12), fol. 6.

⁴² ROSSI (note 12), fol. 7v.

⁴³ ROSSI (note 13), tome 1, p. 2, et tome 2, p. 68-69 ss.

L'état social est donc un devoir pour l'homme, l'Etat a sa base non dans un simple fait matériel, mais dans un devoir, dans une obligation.

Et c'est ainsi qu'on peut dire que l'association, que l'Etat est une loi naturelle de l'humanité.»⁴⁴

Et Rossi de reprendre à propos de la *liberté individuelle* ses diatribes contre les droits de l'*état de nature* et la fiction du *contrat social*:

«Je ne saurais admettre cette opinion qui représente les citoyens, les hommes réunis en société, comme ayant fait la perte volontaire, l'abandon, le sacrifice d'une partie de leurs droits pour conserver le reste, comme on représenterait de malheureux navigateurs qui, pour sauver une partie de leur cargaison, jettent le reste à la mer. [...] D'où viennent ces façons de parler, d'où vient cette phraséologie? [...] Quand on part de l'idée que la société civile n'est au fond qu'un fait, un fait que les hommes ont trouvé bon, qui n'a pas plus son fondement dans les profondeurs de la nature humaine que n'en aurait une société en commandite ou anonyme, pour telle ou telle exploitation, lorsqu'on imagine, en conséquence, que l'homme pouvait également se soumettre ou ne pas se soumettre aux lois sociales, qu'en ne s'y soumettant pas il aurait fait, sans doute, un mauvais calcul, mais pas autre chose, lorsqu'on trouve que la société est purement et simplement une affaire de convention, oh! alors, pour peu qu'on soit logique, on arrive en ligne droite à cette conclusion, que l'individu pouvait faire tout ce qu'il voulait, que son droit était illimité et qu'en conséquence, lorsqu'il a bien voulu reconnaître un corps social qui est son œuvre arbitraire, il lui a fait un sacrifice, une cession de ce qui lui appartenait.»⁴⁵

C'est alors l'hypothèse qu'il tient pour vérifiée par l'expérience de la nature humaine que Rossi oppose à cette hypothèse erronée et néfaste:

«Si, au contraire, nous partons d'une autre idée, si nous partons de l'idée que la société est un fait général et nécessaire, qui a son fondement dans la nature humaine, si nous partons de l'idée que l'ordre social nous est nécessaire pour le développement de nos facultés et que le développement de ces facultés est pour l'homme, être intelligent et moral, une obligation, un devoir, nous en tirerons la conséquence que la société et l'ordre social sont des moyens indispensables à l'accomplissement du développement humain, et qu'en conséquence ils sont aussi pour l'homme un devoir, une obligation morale, car celui qui a l'obligation morale du but a aussi l'obligation morale des moyens nécessaires pour atteindre ce but, si, dis-je, nous partons de cette idée, qui revient à dire que la société

⁴⁴ ROSSI (note 13), tome 1, p. 2.

⁴⁵ ROSSI (note 13), tome 2, p. 68-69.

n'est pas une chose de choix, mais qu'elle est la loi naturelle de l'espèce humaine, dès lors toute cette phraséologie dont nous parlions tout à l'heure disparaît: car si la société est moralement obligatoire pour l'homme, les moyens de la conserver le sont aussi.»⁴⁶

Deux données essentielles se dégagent de ces différents textes quant à la conception rossienne du *fondement* de la *société politique*, des *droits naturels* des individus au *contrat social*: la première, c'est l'*anti-individualisme* de Rossi, qui ne cesse de s'en prendre à l'hypothèse de l'*état de nature*, à la notion de *droit individuel* pré-social comme à la fiction du *contrat social*; la seconde, c'est le *droit naturel classique* de Rossi, qui affirme, contre l'*individualisme* anarchique du *droit naturel moderne*, la sociabilité naturelle de l'homme, la conformité de la société politique à la nature humaine, voire la nécessité de l'Etat pour le développement et la perfection de l'humanité.

En fait, si, des *Annales de Législation* au *Cours de droit constitutionnel* de Paris, Rossi avance comme un principe fondamental et constant de sa pensée politique que la société politique n'est pas le fruit de décisions individuelles, mais s'enracine dans le fond de la nature humaine – «L'Etat est une *loi naturelle* de l'humanité»⁴⁷ –, c'est qu'il s'en tient tout simplement à l'antique leçon du *droit naturel classique* d'Aristote et de Cicéron.

Mais il y a plus. Ce n'est pas seulement le *fondement* de la *société politique*, c'est aussi la *finalité de l'Etat* que Rossi conçoit en fonction d'une conception *finaliste*, apparentée à la téléologie aristotélicienne, et non *mécaniciste*, de la nature, caractéristique du fonctionnalisme jusnaturaliste moderne. C'est ce que révèle bien l'exégèse qu'il donne lui-même de sa formule: «L'Etat est une loi naturelle de l'humanité»:

«L'Etat est un moyen [...], que la raison approuve et que rien ne saurait remplacer, de développement et de perfectionnement pour l'espèce humaine»⁴⁸.

«L'Etat a non seulement ses obligations et ses droits, mais ses principes, ses idées, comme ses propriétés, ses créances, ses dettes. L'Etat est la réalisation effective d'une idée fondamentale, d'une idée essentielle de

⁴⁶ ROSSI (note 13), tome 2, p. 69-70.

⁴⁷ ROSSI (note 13), tome 1, p. 2.

⁴⁸ ROSSI (note 13), tome 1, p. 2.

l'humanité: c'est la création d'une individualité morale *sui generis*, qui est elle et n'est pas autre chose, pour laquelle sans doute l'individu est nécessaire, mais qui est autre chose que l'individu, qui a sa base dans le devoir et que l'individu ne peut détruire sans commettre un crime de lèse-majesté, parce qu'il détruirait les moyens essentiels de son développement et de son perfectionnement.»⁴⁹

«L'Etat, moyen essentiel de développement et de perfectionnement pour l'espèce humaine» – «L'Etat, réalisation effective plus ou moins complète, plus ou moins pure, d'une pensée, d'une idée essentielle de l'humanité»⁵⁰ – si la *finalité de l'Etat* n'est sans doute pas encore celle de l'*Etat-Providence*, elle n'en apparaît pas moins à la mesure du principe de *perfectionnement* de la nature humaine. C'est ce que souligne Rossi dans la dix-septième leçon de son *Cours de droit constitutionnel* de Paris sur l'égalité civile:

«C'est dans l'organisation sociale que l'homme trouve les moyens d'accomplir son devoir. Et où trouvons-nous la garantie pratique du droit correspondant? Nous la trouvons dans la puissance publique qui protège tout le monde, qui secourt le faible et maintient le droit de chacun. Aussi toute organisation sociale», conclut-il, «est plus ou moins conforme au but de l'association humaine, selon qu'elle offre plus ou moins de moyens de secours, de facilités au développement individuel, au développement légitime de nos facultés. Et la puissance publique à son tour ne satisfait d'une manière complète aux conditions premières de sa légitimité, qu'autant qu'elle fait ses efforts pour accorder une égale protection au droit de chaque individu.»⁵¹

Par son ampleur, cette vision de la *finalité de l'Etat* achève de situer Rossi dans la vieille mouvance aristotélicienne, matrice de sa critique des individualistes *Déclarations des Droits de l'Homme*, «l'une plus absurde que l'autre»⁵², comme des *doctrines jusnaturalistes* qui les inspirent – ces «doctrines vagues et hasardées», dont «sont dérivées les erreurs les plus funestes au maintien des sociétés civiles»⁵³.

⁴⁹ ROSSI (note 13), tome 1, p. 4.

⁵⁰ ROSSI (note 13), tome 1, p. 15.

⁵¹ ROSSI (note 13), tome 1, p. 251.

⁵² ROSSI (note 10), tome 2, p. 362.

⁵³ ROSSI (note 10), tome 2, p. 378.

REFLECTIONS ON AFFIRMATIVE ACTION AND THE AMERICAN CONSTITUTION

TOM J. FARER

Professor and Dean, Graduate School of International
Studies, University of Denver, Denver, Colorado

Introduction

It is now almost thirty-five years since CHARLES-ALBERT MORAND, just arrived in New York on a Swiss Government fellowship, walked into my office at the Columbia University Law School, and introduced himself in carefully premeditated English. What followed, I then thought, was a lively dialogue. But after we became friends, CHARLES-ALBERT assured me that it had really been a monologue punctuated on his side by occasional sounds implying interest and agreement. In fact, he assured me, I understood hardly a word you said.

Of course people communicate even when they do not yet share a common language, above all they unconsciously communicate – through their gestures, their expressions, through means that in the end elude detection – a sense of themselves. Someone once asked LOUIS LYAUTEY, the eminent French soldier and colonial administrator, what did he think was the most important personal quality of a successful military officer. «Gaiety», he responded, astutely recognizing *joie de vivre* as a contagious life force which sustains us in the face of death, the companion of every life, not just that of a soldier. It was a quality CHARLES-ALBERT communicated to me that first day and one that has marked him in my mind ever since. Gaiety and also authenticity. Here was a man so unselfconsciously engaged with the life of the mind, and the senses too, that he, unlike most of us, did not instinctively treat social relations as occasions for dramatic performance. There have never been multiple CHARLES-ALBERT MORANDS, different persona to be presented at different times. There was one man at home in his skin and accessible, therefore, to the minds of others seeking human engagement.

Two other (often twinned) qualities that he has embodied for me are empathy and sympathy. They have helped to distinguish his career no less than his life. Public policy, which is the field of academic endeavor with which I would broadly associate CHARLES-ALBERT, deploys two opposed types of practitioners. One type views policy as the efficient arrangement of anonymous factors in the service of official goals. Those who personify it, none better than the traditional English civil servant or the French *haut fonctionnaire*, look coolly down on struggling humanity like gods determined to impose order on what would otherwise be chaos. While they may believe that the order is for the higher benefit of the units, they do not look to the units as the source of inspiration much less instruction about ends and means except in the most general sense that their preferences are reflected in electoral results usually sufficiently ambiguous and in all events sufficiently occasional to leave a vast terrain open to the exercise of official discretion.

The other type draws people who see their task as honoring through the medium of public policy the values, passions and felt needs of their fellow citizens. As experts they have a pedagogical role of clarifying alternatives, that is of sharpening popular appreciation of the consequences of alternative policies and of brokering and reconciling the varied interests of the electorate. In order to teach and serve, they favor transparency and popular access to the processes of government. For them policy-making is a dialogue in which citizens are sometimes difficult, often conflicted, episodically confused, but always and finally sovereign. The precondition for playing this role is a capacity for sympathetic empathy. It is as a supporter of this second approach to public policy that CHARLES-ALBERT has made the career which this volume rightly honors.

I. Affirmative action: the issue

The issue of public policy I have chosen for a necessarily brief reflection is referred to summarily in the United States as one of «Affirmative Action». The question it raises is whether, when and how should government remediate disadvantages experienced by distinctive social groups in the competition for scarce goods. More particularly in the United States the question has been whether public law should require or at least tolerate special competitive advantages for groups that do not presently compete very effectively, above

all those who have been handicapped historically by convergent public and private acts and omissions. At its heart and inception, it is a question addressed to the problematic relationship between the historic majority of citizens with European antecedents and the minority that originated in Sub-Saharan Africa and came to the Western Hemisphere as slaves; in the most common idiom the relationship between «Blacks» and «Whites». As long as European countries were largely homogeneous in racial and cultural terms, affirmative action, indeed minority rights in general, was an exotic issue. That time is past. Now we can learn from each other.

II. Affirmative action in the United States

The position of African-Americans in America can be seen in terms of a peculiar version of the board game «Monopoly». On the basis of throws of the dice, players move around a board divided into squares of property available for sale. Landing on a given square, they buy it, then load it with houses and hotels for which they charge rent to the other players when the dice land them on it. African-Americans as a group are in a position analogous to players allowed to join the game only after a privileged set have already acquired most of the property. Of course, the analogy is overdrawn. In the game, there is a finite quantity of tangible property. Those who are first to acquire it thereby gain decisive positions from which they can bleed away the resources of newcomers. In the real world of the contemporary market economy, property is to a great extent intangible and subject virtually to unlimited expansion. Individuals with marketable skills or ideas can convert them with the aid of borrowed capital into new wealth. But as the winner of the recent U.S. Presidential election could attest, a person's or a social group's initial position confers huge advantages or disadvantages. When it comes to the latter, particularly when duration plus accumulation and severity are combined, no group competes with African-Americans of American slave ancestry¹.

In 1990, after two decades in which the Black middle classes enjoyed a higher percentage of income growth than their white counterparts, the median

¹ As a group, Afro-Caribbean Americans, although also descendants of slaves, have been more successful.

household income of black families was just about 60 percent that of whites. «In 1990 black children were almost three times as likely to live in poverty (44.8 percent) as white children (15.9 percent)»². Moreover, as RICHARD KAHLENBERG has noted, if one looks at the chances of being poor at some point in childhood, «the chances for white children are 45 percent and for blacks 85 percent»³. Disparities of *wealth* are even more suggestive of cumulative inherited disadvantage. A study published in 1995 concluded that white households with annual incomes between \$7,500 and \$15,000 «have higher mean net worth and net financial assets than black households making \$45,000-\$60,000»⁴. On a similarly note, the National Research Council reported that in 1984 the median household net worth for blacks was \$3,397, compared with \$39,135 for whites, a ratio of 11:1⁵ «Even holding income and family size constant – comparing whites and blacks with identical incomes – the wealth differential has been estimated at 5:1»⁶. It is true that at least in terms of income, Hispanics as an omnibus category compete for the poverty prize. But as new arrivals their relative deprivation is explicable precisely in terms of their newness and their generally low class status in the countries from which they have emigrated⁷, rather than in terms of historic discrimination and repression.

At the time of Abraham Lincoln's Emancipation Proclamation in 1863, most Blacks were slaves and those few who were not had to compete for social goods in the face of widespread racist hostility and contempt. After the American Civil War, the Thirteenth, Fourteenth and Fifteenth Amendments to the Constitution were adopted in order to confirm and deepen emancipation. The Thirteenth abolished slavery. The Fifteenth prohibited abridgment of the right to vote, whether in state or national elections, «on account of

² RICHARD D. KAHLENBERG, *The Remedy*, New York 1996, p. 102, citing Census Bureau and Labor Department figures.

³ *Ibid.*

⁴ MELVIN L. OLIVER/THOMAS M. SHAPIRO, *Black Wealth, White Wealth*, New York 1995, p. 197.

⁵ GERALD DAVID JAYNES/ROBIN M. WILLIAMS, JR. EDs., *A Common Destiny: Blacks and American Society*, Washington, D.C. 1989, p. 276. In 1999, for every dollar of wealth held by the average white household, the average Black household held barely 9 cents. University of Michigan Press, February 8, 2000.

⁶ RAYMOND S. FRANKLIN, *Shadows of Race and Class*, Minneapolis 1991, p. 124.

⁷ The bulk of Cuban-Americans are an obvious exception, particularly the first waves which were constituted largely by middle-to-upper class people.

race, color, or previous condition of servitude». Important as they were as guarantees of freedom and formal citizenship for African-Americans, it was the first section of the Fourteenth with its wider focus and flexible language that held the greatest promise for the progressive development, through constitutional adjudication and congressional action, of civil rights and opportunities at every level of American government and society. That promise is contained in a single sentence.

«No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction *the equal protection of the laws*».

Students of post Civil War history know that for the better part of the next century, the promise of equal protection (and of due process too) went unfulfilled for the very group whose tragic conditions had inspired the amendment. Once Federal troops were withdrawn from the southern states in 1877, white majorities quickly reduced African-Americans to a condition of extreme vulnerability in every facet of life, to a state of servitude only a short step above the slavery from which they had been emancipated. And toward the end of the century they imposed by formal law a degree of segregation, of strict racial separation, exceeding that which had prevailed before emancipation.

Education was one of the areas where segregation prevailed. When in 1896, a legal challenge under the equal protection clause finally reached the Supreme Court, a majority responded by construing the clause to allow separate facilities if they were equal⁸. So separate they remained for another six decades, but hardly equal, a condition of rank unconstitutionality made possible by the ferocious hostility of southern whites and by a mix of indifference and less formal racism practiced in most of the rest of the nation.

A system of servitude and repression so in conflict with the ethic of rampant *laissez-faire* capitalism was unstable. Finally, in the wake of World

⁸ In *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), the U.S. Supreme Court upheld an 1890 Louisiana statute mandating racially segregated but equal railroad carriages, ruling that the equal protection clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution dealt with political and not social equality.

War II, it began to unravel. Social milestones included the integration of the then quintessentially American game of baseball. Meanwhile, African-Americans and their allies launched a series of legal challenges that culminated in *Brown v. Board of Education*⁹ where a unanimous Supreme Court declared segregated education inherently unequal. Another decade passed, however, before a new balance of national forces breached the segregationist fortress. Under LYNDON JOHNSON, a President from the south committed to desegregation and riding a tsunami of electoral support for policies associated with the rhetoric if not exactly the practice of the martyred President KENNEDY, the entire Federal Government launched itself on the edifice of formal segregation and tore it down.

The courts enforcing the equal protection clause alone – and backed by federal power – could have desegregated state-owned facilities. After all, if the equal protection clause applied to anything, it applied to them. Segregated private facilities were a more doctrinally challenging target. Congress eased the way by relying on its constitutional authority to regulate interstate commerce to ban segregation in the vast network of privately-owned facilities such as hotels and restaurants implicated in and essential to the efficient operation of national markets.¹⁰ Congress also prohibited discrimination whether in employment or any other activity by all institutions that contracted with or received financial assistance from the Federal Government¹¹.

The delegitimation of *de jure* and *de facto* segregation in public and many private-owned facilities and in employment that could be connected to interstate commerce or the largesse and proprietorial activity of the national government opened doors of opportunity through which only a part of the African-American community could pass. Those who had managed, despite a legacy of violent repression and social exclusion, to acquire personal and professional skills demanded by a market economy, began to advance quickly. Those who had not languished, their condition growing ironically worse in a

⁹ *Brown v. Board of Education* I, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰ See, *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964), in which the Supreme Court upheld the 1964 Civil Rights Act's prohibition of segregation in private or public accommodations, which had been enacted under Congress's power to regulate interstate commerce.

¹¹ Title VI of the Civil Rights Act of 1964, codified at 42 U.S.C. § 2000d.

society where opportunities for semi-skilled work at wages well above the poverty line were shrinking.

Desegregation was not simply a gift to African-Americans from white elites. The doors they opened were already under siege from a mobilized black community with a certain number of white allies. The Reverend MARTIN LUTHER KING, main leader and voice of mobilized blacks and progressive whites who shared his vision, called first for desegregation¹². Once formal structures were dismantled, that is once blacks were admitted to the Monopoly game, he began to address the legacy of segregation. While some black leaders began to speak of compensation for the centuries of injury, KING campaigned against the subtler forms of discrimination particularly in the work place and against poverty and unfairness generally. In other words, he continued to employ the universalist idiom of liberal idealism embodied in the American Declaration of Independence:

«We hold these truths to be self evident: That all men are created equal; that they are endowed by their creator with certain inalienable rights; and that among these rights are life, liberty and the pursuit of happiness»¹³.

Whatever else they may have been, the 1960s were a decade of black liberation and the expulsion of the bigot's sensibility from polite society. As an operational doctrine, affirmative action emerged during the decade from several related sources. One was litigation addressing both conscious covert discrimination and practices which had the effect of restricting the opportunities of African-Americans and other previously disadvantaged groups, women being foremost among them in numbers and political power. Another was the preemptive action of private sector actors eager to avoid litigation. A third was the higher education sector where, for a variety of reasons, selective institutions began actively to seek increased representation in their student bodies of previously under-represented groups, but particularly African-Americans. In analyzing the debate over law and policy, I will focus primarily on this last source and in particular on professional education.

One of the paradoxes of affirmative action has been its appearance on the scene at roughly the same time as a general increase in applications to

¹² MARTIN LUTHER KING, JR., *The Ethical Demands for Integration*, in: *A Testament of Hope: The Essential Writings of Martin Luther King, Jr.*, Washington 1986, p. 118.

¹³ The Declaration of Independence, para. 2 (U.S. 1776).

professional schools at a rate substantially faster than their willingness to expand. The resulting increase in competition for place in an environment largely purged of ancient *de facto* restraints on merit-based admissions (in particular, preferences for middle-to-upper class Caucasians over Jews) encouraged dependence on admissions criteria deemed «objective», primarily college grade-point average (GPA) and scores in generic tests like the Law School Aptitude Test (LSAT) designed to predict performance in graduate education. Schools did not claim that GPA and test scores were anywhere near infallible in predicting performance; they claimed merely that (a) they were far more accurate than either used alone (b), they were more accurate than any practicable alternative (c), they weeded out students with little chance even of graduating, and (d) they provided insurance against the risk of improper criteria – such as nepotism and ethnic bias – being utilized.

When, however, law, medical and other professional schools committed themselves to increase the percentage of African-Americans and also Hispanics and Native Americans in their student bodies, they found reliance on test scores to be an obstacle. For even within the same income deciles, these minority applicants tended to score well below that diverse group of Americans who came in this period to be lumped together under the heading «white» (a group with ancestors as diverse as Scottish crofters, Jewish shopkeepers from Poland and Sicilian peasants). Institutions varied somewhat in the ways they circumvented this obstacle. One was to establish a target for «minority admissions» and then to «race norm», that is to compare test results within the minority group in deciding which minority applicants (scoring above a competent-to-perform threshold) to admit. Another was to develop some sort of point system which in varying degrees devalued test results and gave credit for overcoming disadvantage. Membership per se in the minority group might be deemed a disadvantage. However, in theory and sometimes in fact this second approach opened the door to white applicants from poor families. What seems undisputed about the operation of the various formulas is that, taken collectively, in practice minority group members, not poor whites, were far and away the principal beneficiaries and that the minority group members who benefited came largely from more affluent families. This was hardly surprising, in the first place because they came from a milieu where people aspired and expected to join the professions, in part because their families could afford to pay at least part of their expenses, and in part because for all

social groups, test score performance ascends regularly as it passes through the various income deciles.

Legal challenges to affirmative action were not long in coming but did not generate a Supreme Court decision on the merits until the 1978 *Bakke* case¹⁴ which, though undermined by Supreme Court decisions on affirmative action in areas other than higher education, remains the principal guiding standard for university administrators. ALLEN BAKKE was a white male who challenged his failure to be admitted to the medical school at the Davis campus of the University of California. The school had set aside 16 out of 100 seats in its entering class for «Blacks, Chicanos, Asians and American Indians» who wished to be considered as members of a minority group¹⁵. They constituted one admissions stream. All other applicants plus those minority group members who opted not to enter the special admissions stream competed for the remaining 84 seats. BAKKE was able to demonstrate that a number of successful applicants who had passed through the special stream had lower grade point averages and test scores that he and also scored less well in interviews and other procedures used by the school in determining relative potential (whether as a medical student or a member of the profession is unclear).

In their minority opinion, four member of the Court rejected BAKKE's claim that all distinctions made by public institutions on the basis of race must be subjected to «strict scrutiny», that is they could be upheld only where the government could demonstrate both a compelling public interest in classifying on the basis of race *and* no other practicable means for advancing that interest. In short, strict scrutiny demanded a compelling end with racial classification as a necessary means. The strict scrutiny standard had been fashioned in earlier cases, the minority argued, only where state action was alleged to affect adversely members of a group with a history of ill treatment. Opinions of the Court had referred to them as «discrete and insular minorities», minorities that had generally been excluded from effective participation in the give and take of American politics. They also found inappropriate the least exacting standard of judicial review in cases of alleged unequal protection. This less exacting standard is the so-called «rational relationship» test. It requires nothing more than a showing that legislative or administrative acts

¹⁴ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

¹⁵ *Id.* At 274.

granting benefits to or imposing burdens on less than the totality of conceivably relevant persons have a facially permissible public policy goal and that the failure to cover everyone is rationally related to that goal. Evolving out of challenges primarily to economic regulation, the standard created in effect a presumption of constitutionality that could hardly ever be overcome. Conversely, the strict scrutiny standard had previously performed as an almost insuperable bar to a finding of constitutionality. In other words, prior to *Bakke*, the preliminary determination of which standard to apply had almost always determined the ultimate decision of the Court.

The minority in *Bakke* argued for an intermediate standard of review that had evolved primarily out of cases testing the constitutionality of statutes ostensibly designed for the protection of women but, regardless of the motives of the legislators who had adopted them, actually circumscribing the life chances of their supposed beneficiaries. Legislation limiting the hours women could be required to work or banning them from physically demanding or dangerous jobs typified this legislative genre. Under the intermediate standard, legislation and administrative practices disproportionately impacting women «must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives»¹⁶. In addition, they must not «stigmatize» any discrete group or individual.

Under that test, the minority concluded, the Davis Medical School's admission process was constitutional. The objective of overcoming the effects of past discrimination against minorities by public authorities in California was, in its judgment, important. No stigma attached to Bakke personally or whites generally. And the means was substantially related to achieving the objective. In reaching this last conclusion the minority referred to studies indicating that a general preference for economically disadvantaged would not be effective since «economically advantaged blacks [as a group] scored less well on the medical school exam (the MCAT) than disadvantaged whites»¹⁷.

¹⁶ Citing *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313, 316-317 (1977); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 211 (1974) (POWELL J., concurring).

¹⁷ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 at 377. More recent data casts doubt on that conclusion. Middle Class blacks score about the same as working class whites on generic tests like the MCAT or the LSAT (law school), possibly because the parents of the former have often risen from the working class.

Four other justices, relying not on the equal protection clause but only on the anti-discrimination language of Title VI, Section 601, of the 1964 legislation, found that BAKKE had been the victim of prohibited discrimination. The relevant language provides that:

«No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance»¹⁸.

The language of the statute was clear, they argued, and perfectly fit the case. The Davis process discriminated between white applicants and others on the basis of race. If the same criteria had been applied evenly to all applicants, BAKKE might well have been admitted. He had, in any event, a right to compete for all of the 100 slots, not just eighty-four. With respect to the sixteen, the DAVIS system denied him access to the process. In rejecting DAVIS' two-track process, they also seemed to be rejecting any process which would treat race as a relevant consideration¹⁹.

Though casting the decisive vote in favor of BAKKE, LEWIS F. POWELL rejected the position that any use of race in admissions constituted an unacceptable discrimination. And he rested his position on a reading of the equal protection clause; Section 601, in his judgment, did nothing more than embody the essence of that clause in legislative form. Race, he argued, was under all circumstances a highly suspect basis for allocating any valuable thing. Hence, under all circumstances, if race played a role in the allocation of some good or service or status or opportunity, it was necessary to apply the strict scrutiny test, that is to determine whether the public end had compelling importance and there was no alternative way of achieving it²⁰.

The test could generally be met, POWELL felt, in cases where race was used in shaping a remedy for past racial discrimination particularly affecting the beneficiaries of the remedial measures. Thus it appeared that POWELL would have upheld the DAVIS admissions process if a federal district court had found that in previous years Black applicants had been rejected by DAVIS on racial grounds. He also implied that the necessary finding of prior dis-

¹⁸ Section 601 of Title VI, 78 Stat. 252.

¹⁹ *Bakke*, 438 U.S. 265 at 319-320.

²⁰ *Id.* at 287-320.

crimination could have been made by the California legislature²¹. In defending its procedures, DAVIS had argued only that it was responding to the whole history of discrimination against people of color or the wrong ethnicity, a history that had produced the existing discrepancy between the percentage of certain minorities in the population at large and their participation in the medical profession. DAVIS, POWELL concluded, could not under the limits imposed by the equal protection clause rectify that discrepancy by using racial criteria, since it had not shown that it had in the past been responsible for the discrepancy. It could use racial criteria for one purpose only, he argued, namely fostering a diverse student body²².

Why for that purpose? Because education, not the broad social policy of remediating the results of past society-wide discrimination, was the function of DAVIS and hence the area where it had expert knowledge about how best to educate medical practitioners. By which he meant generally, I suppose, that where government experts determine that some measure (call it an «intermediate end») is important for achieving the goal of some program for which they have responsibility, courts should normally respect that determination. The problem in *Bakke* lay, then, not in the absence of an end (diversity) of compelling importance (compelling importance to the further end of a superior education, an education appropriate to the challenges of medical practice in contemporary society), but in the failure to demonstrate that the measure in this case, a stark racial allocation or quota, was necessary to achieve diversity and thus the superior educational outcome. What would have passed muster, POWELL appeared to say, was a unitary admissions process where race or ethnicity was valued but not to the point where relative ability to satisfy other criteria became irrelevant.

What one can say conclusively about the meaning of *Bakke* is simply that five justices were of the opinion that «the state may use race as a factor in its decision-making. Voluntary affirmative action programs not instituted as a remedy for proven [or confessed] de jure racial segregation were not *per se* impermissible under the equal protection clause»²³. In the event, Powell's

²¹ *Id.* at 305.

²² *Id.* at 311-312.

²³ JEROME A. BARRON/C. THOMAS DIENES ET AL., *Constitutional Law: Principles and Policy*, 5th edition, 1996, p. 641.

formulation of the test, a formulation in which no other member of the Court joined, had no appreciable effect on affirmative action programs which continued to proliferate. By giving such weight to color, ethnicity or «disadvantage» as proved necessary in various circumstances to reach affirmative action goals, schools did manage to increase minority representation in the universities and the professions. The determination of many university faculties, administrators and, often boards of trustees to increase minority participation in their student bodies and also in their own ranks, was matched by the determination of «conservative» and so-called «neo-conservative» activists to end the practice. They found sufficient litigants among students who had failed to achieve admission in one or another elite school of their choice. Paralleling education suits were those brought to challenge affirmative action in other fields, particularly employment and the related area of government contracting. Meanwhile, through retirements and new appointments the Court moved palpably to the right of the political spectrum, an area partially defined by hostility to minority claims for compensation. One result was a series of Supreme Court decisions and accompanying opinions in affirmative action cases outside the education area which could be read as heralding a new majority ready to declare inadmissible all use of racial classification in university programs²⁴. Indeed they were so read by one circuit court of appeals. In declaring unconstitutional affirmative action programs at the University of Texas, the Court of Appeals for the Fifth Circuit said flatly that recent opinions of the Supreme Court had stripped *Bakke* of its precedential force²⁵.

Who was right in *Bakke*? To answer that question one needs first to address at least two fundamental issues. One is the role of a constitutional court in a representative democracy. The other is the role that a nation's particular history, as distinguished from contextless abstract principles constituting the country's regnant political philosophy, should play in the interpretation of the constitution.

By its institutional nature, its place in the constitutional system, a court that resolves only constitutional issues or a multi-purpose supreme court when

²⁴ See, e.g. *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 132 L. Ed. 2d 158, 115 S. Ct. 2097, 2115(1995).

²⁵ *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996), cert denied 116 S. Ct. 2581 (1996).

construing the constitution is the political system's flywheel, its equilibrator, its ultimate guardian. How does it perform those related functions? By guaranteeing (in the absence of an independent electoral tribunal) the integrity of electoral processes established by the constitution. By preventing transient political forces from extra-constitutional restructuring of the basic institutional order. By preventing transient majorities from tyrannizing minorities or excluding them from electoral participation. And most generally by reaffirming through its decisions in particular cases the hegemonic constitutional narrative or ideology that legitimates political authority and the basic social order. That narrative explains why, in the face of quotidian injustice, the political system and basic societal arrangements should be deemed just. It defines the nation as more than a random agglomeration of ill-assorted people living contiguously in a determinate territory. It offers a moral justification for tolerating political decisions that grate against deeply held convictions and important personal interests. Particularly critical in heterogeneous societies, it is a statement of common belief, a secular testament that may be the only normative idea a country's contending groups share. Without such a narrative, no complex, largely anonymous modern community can indefinitely endure. If every nation is, in BENEDICT ANDERSON's beautifully suggestive image, «an imagined community», the narrative is that which gives each community its distinctive shape; it tells who we are²⁶.

Universal acceptance of the narrative is neither necessary nor likely in large modern states. One or more alternative and hostile narratives regnant among small fringe groups is a commonplace of contemporary life in Europe and the United States. In extreme cases they can generate isolated acts of nihilistic violence; but as long as the central narrative holds, they do not threaten the prevailing system of ordered liberty.

The American constitutional narrative is usefully summarized as liberal individualism in a federalist framework. It elaborates a picture of rational individuals pursuing their dreams and exercising their natural liberties with minimum governmental restraint. Responsibility for success and failure is largely personal and generally reflects a defect of will, energy, imagination and self-discipline rather than circumstance. The central purpose of public

²⁶ BENEDICT ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres 1983.

institutions is to protect the individual's property, enforce his or her contracts, and protect all persons from physical coercion, fraud and monopoly power and, within the constraints imposed by freedom of contract and vested rights in property, to assure equality of opportunity sufficient to justify belief in the fairness of unequal results. What the post civil-war amendments ended formally was the exclusion of any individual on racial grounds from the opportunity to compete for wealth and place, from the pursuit of personal dreams and from such benefits as the state is authorized to provide.

What approach to the affirmative action plan tested in the *Bakke* case best conforms with the constitutional narrative? Any plan which privileges race offends the narrative, i.e. violates the equal protection clause, conservatives claim. *Bakke* had a right to compete on even terms for the scarce public good of a state-subsidized medical education. Competing on even terms meant being judged by the same criteria as all other candidates. With respect to 16 percent of that public good, that is the 16 seats set aside for minorities, he was in fact not allowed to compete at all. Even worse, he was excluded for an explicitly forbidden reason, namely his race. The narrative requires judicial vindication of his right to an equal competitive opportunity.

Not so, reply defenders of affirmative action. Many public goods and services are available to some subset of the totality of potential beneficiaries. The government may, for instance, choose to subsidize the American merchant marine but not the steel industry, rice but not potato farmers. It may allow home but not car buyers to reduce their taxes by deducting loan interest payments from their gross income. It may erect import barriers for the protection of the textile but not the computer industry. The constitutionality of these and other commonplace discriminations is not subject to doubt. Each is seen as a reasonable or rational effort to advance some constitutionally permissible public end. Of course neither the end nor the means is determined by some iron law of nature or the Constitution. They are chosen by majoritarian political coalitions at the behest of their constituents. That is democracy. That is what elections are all about. Maybe next time around the auto and the computer industry and the potato farmer lobbies will manage to elect more legislators pledged to their ends rather than those of shipping lines, home builders and rice farmers. Only a Supreme Court manned by anarchists could object to this game of musical chairs in which at one time or another, different

interests and the people who embody them are left standing. Under its rational relationship test, successive Supreme Courts have not.

So why is *Bakke* any different? Is it not, indeed, an *a fortiori* case? We are not dealing here with a merely permissible public policy goal. In his *Bakke* dissent, Justice THURGOOD MARSHALL put the matter thus:

«The experience of Negroes in America has been different in kind, not just degree, from that of other ethnic groups. It is not merely the history of slavery alone but also that a whole people were marked as inferior by the law. And that mark has endured. The dream of America as the great melting pot has not been realized for the Negro; because of his skin color he never made it into the pot ... It is because of a legacy of unequal treatment that we must permit the institutions of this society to give consideration to race in making decisions about who will hold the positions of influence, affluence and prestige in America ... If we are ever to become a fully integrated society, one in which the color of a person's skin will not determine the opportunities available to him or her, we must be willing to take steps to open those doors»²⁷.

Courts could judicially notice, the facts being so conspicuous and indisputable, that the national policy formalized in the post Civil-War Amendments, a policy of incorporating black Americans into the national narrative, failed to be executed. The national government allowed the states, the southern ones in particular, to deny their black inhabitants the equal protection of the law. Through violence and collusion between public authority and white society, blacks were largely prevented from developing and accumulating social and financial capital, their access to most avenues of advancement resolutely blocked. Affirmative action is a very belated effort to redress this gross failure to implement not simply evanescent legislative but fixed constitutional policy. Ongoing *de facto* exclusion from the channels of opportunity – including federal programs facilitating the ownership of land and homes and, until very recently, good schools at every level from kindergarten to university – have left the black community as a whole with a legacy of burdens that limits its competitive opportunities. Its overall condition – the breadth and depth of its poverty, the plight of many of its families – is hard to reconcile with the vision of American society enshrined in the constitutional narrative. And it is a source of social problems that affect the society as a whole in its material if not clearly in its spiritual concerns. If addressing this legacy of

²⁷ *Bakke*, 438 U.S. 265 at 401-402.

malice backed by indifference cannot be described as «compelling», it is hard to imagine any social goal justifying such a description.

But is it necessary? Justice MARSHALL expressed doubt that three centuries of discrimination against a whole class of people could be addressed without a class-based remedy. If injury was uneven, it was nevertheless pervasive. Through direct exclusion, residential segregation, uneven investment in black and white schools, and actions fostering long-term impoverishment, successive political majorities created accumulated handicaps which now function as strong *de facto* obstacles to African-American competition for access to elite undergraduate programs and professional ones. Assuming this to be the case, as I do, is the condition of necessity fulfilled? In answering that question, how should the policy goal be defined? Is it the narrower one of more proportional representation of African-Americans in prestigious undergraduate schools and in professional training? Or the wider one of reducing the overall poverty and isolation and vulnerability of the African-American community? If the former, it is necessary only to show that no policy other than one which makes race at least an important criterion for admission, which privileges race among the factors to be taken into account, will achieve the result. If the latter, it is necessary to show as well that more proportional representation in higher education is closely linked to strengthening the capacity of the African-American community as a whole to participate in the mainstream of the good life.

As for the latter, the connection is so intuitively close that anyone disputing it must carry a heavy burden of persuasion. The argument is not that African-American lawyers, doctors, architects, professors, etc. will necessarily provide greater services for poor members of their racial community, although there is evidence that this, in fact, occurs²⁸. It is rather that, assuming (as it is reasonable to do²⁹) an expanding and rising African-American elite continues to sympathize with poorer members of their racial community and to feel some sense of collective identity, then through this elite, African-Americans as a group will be able to participate more effectively in all of the formal and informal channels of social power, in what we could call broadly

²⁸ See RONALD DWORKIN, *Affirming Affirmative Action*, WILLIAM G. BOWEN/DEREK BOK, «The shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions», in: *New York Review of Books*, Princeton 1998, p. 96.

²⁹ *Id.*

the «political process». As a result, African-American interests will undoubtedly be taken more seriously into account as decisions are made that allocate social goods. Moreover, a progressively larger number of African-Americans will be able to participate in the networks of familiars – what used to be called «old boys networks» – that still are tremendously important in the distribution of job and status opportunities.

But assuming a strong connection between higher-education access and progressive amelioration of the condition of the African-American community, there remains the question of whether higher-education access could be achieved by other means. That question is both ambiguous and problematical. It is ambiguous because it can be variously translated as: Could the goal of increased participation by African-Americans in elite education *conceivably* be achieved by other means? Or Has it been conclusively established that other means will not suffice? Or Is it reasonable to believe that it could not be achieved by other practicable means? (And one could spin even finer variations of possible meaning). The question of necessity is problematical in two respects: First, it is arguable that the Supreme Court has not yet held unambiguously that all racial classifications require strict scrutiny. Secondly, even if one concludes that a majority of the Court holds that view, I believe that it cannot be persuasively maintained.

Why is strict scrutiny unreasonable in relation to affirmative action? This test of constitutionality is a judicial construction designed both to facilitate prediction about how the Court will decide cases (so lawyers can effectively advise clients considering some course of action with equal protection implications) and, in the event, to help the court decide cases in a visibly consistent manner. It seems to me rather in the nature of a strong presumption in a legislative norm, one that shifts the burden of proof and/or persuasion to a party other than the one who would previously have carried it. One reason for creating presumptions is to place the burden of persuasion on the party with an implausible, counter-intuitive case to make: For instance, a presumption that a person in possession of ten or more credit cards each bearing a name other than his or her own is guilty of credit-card theft.

For most purposes, race is not a relevant consideration except for persons who wish to treat persons of a particular race in a way manifesting hatred or contempt. With the passage of the Fourteenth Amendment, such

persons were disabled from fulfilling their wish through the medium of state action. In light of our national history, whenever race is used as an allocative criterion *and* the resulting allocation appears injurious to African-Americans as a group, there are ample grounds for provisionally imputing a racist character to the allocation, i.e. for examining it through the lens of strict scrutiny. When, however, race is apparently used to enhance the opportunities of African-Americans to participate fully in the American opportunity structure, it is unreasonable to place a huge if not insuperable burden of justification on the users.

On a number of accounts, however, some significant burden of explanation and clarification would be appropriate. Why? For two reasons. Principally because, as in the case of some gender-based norms and practices, a distinction which appears or was even intended to have a benign effect on a group with a history of being victimized by invidious discriminations may in fact be injurious when closely examined. It is the history of invidious discrimination – sometimes gross, sometimes more subtle – which calls for something more than the nominal review implied by the mere «rational relationship» test. A second reason springs from the fact that race-based distinctions can also be misused by traditionally victimized groups where they acquire allocative power. Since, as noted earlier, race is not normally a proxy for qualities relevant to the implementation of any proper public or private-sector end, its use should send judicial antennae vibrating. With these considerations in mind, Justice THURGOOD MARSHALL suggested a sliding scale of review depending on the circumstances³⁰. The eminent legal philosopher, RONALD DWORKIN, while preferring the sliding scale, has endorsed as a fall back position an interpretation of strict scrutiny that requires an institution engaged in some use of racial criteria to «produce evidence of a proper motive that is sufficiently compelling to rebut any realistic suspicion that unacceptable motives were actually responsible [for their use]»³¹.

³⁰ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 at 98-00 (1973) J. MARSHALL dissenting, *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 330 (1972), J. MARSHALL dissenting, *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 at 520-521 (1970), J. MARSHALL dissenting.

³¹ «Is Affirmative Action Doomed?» *The New York Review of Books*, November 5, 1998, p. 58.

As DWORKIN notes, three of the present Justices have indicated support for a construction of the strict-scrutiny test that would outlaw every racial classification other than those required to eliminate a system of discrimination previously maintained by the classifier or required to cope with some «life and limb» emergency like the threat of imminent racial conflict in a prison. With those two exceptions, they would apparently treat racial classifications as illegal *per se*. If the Fourteenth Amendment had declared racial classifications as such unconstitutional, it would be a great deal harder to resist their position. Of course the amendment makes no express reference to race. And what it does say – [«nor shall any state] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law» – certainly does not plainly prohibit the use of racial classifications to remediate the very conditions which helped produce the amendment. We know from the legislative history that the primary concern of the amendment’s drafters was assuring equal treatment of African-Americans in the recognition and enforcement of property and contract rights, these being the minimal conditions of participation in a market economy. While contractual and property rights and, presumably, equal treatment generally in the courts were at the forefront of concern, clearly the expansive language embodied a broad principle easily capable of extending beyond the issues of immediate concern. Thus for men and women living today, more than thirteen decades later, the issue is whether affirmative action must be deemed to violate the liberal values implicit in the idea of equal protection.

The main thrust of the argument for an affirmative answer is that racial distinctions cannot be reconciled with the American narrative, because that narrative implies the allocation of social disadvantages or the reallocation of social costs on the basis of individual fault and the corresponding allocation of social goods on the basis of individual merit. Put so broadly this claim must, of course, fail. For taken literally, it would make government impossible. To enhance the general good, even (as I noted above) simply the good of majorities in number or power, the national and state governments have been unevenly allocating benefits and burdens since the constitution was adopted. The courts have themselves declared norms having this effect as, for instance, in the Nineteenth Century when they held that railroads were not guilty of negligent torts after sparks from their locomotives ignited fields adjoining the lines. A contrary decision, different courts opined, would unduly burden investment in this key dimension of the national infrastructure. In other words,

individuals (in the cited case farmers unlucky enough to have railroads built alongside their land) may be required to bear more than proportional burdens for the general benefit of the community in which they share at best proportionally³². Surely that is the position of Mr. BAKKE, if we give him the benefit of the doubt and assume he would have been admitted to the school he preferred had there been no or at least a less quota-like affirmative action program³³. Such cost as he may have experienced was a byproduct of an effort to promote general societal interests: The interest in preparing students for participation and cooperation in a racially diverse society (the educational goal of racial «diversity» in the university); the interest in strengthening the leadership of historically disadvantaged groups and in conveying to them a message that they are now invited to play and try to win in the American market and status systems, a message believed to be important in reducing racial polarization, and the interest in reducing in fact, not just in appearance, the competitive disadvantages and absolute deprivations accumulated during three centuries of collective abuse. Since in *Bakke* as in most instances of affirmative action, the institution adopting it was governed by members of the white majority³⁴, it is altogether reasonable to assume that adoption was intended to advance the majority's or the general societal interest. For the same reason it is reasonable to assume that the costs to the persons adversely affected by the DAVIS program, that is whites situated as Bakke claimed to be, have been sympathetically considered.

Thus, persons demanding judicial nullification of affirmative action programs need to distinguish either the programs or the persons affected from the generality of cases where equal protection objections to uneven distribution of opportunities and burdens associated with state action have been casually dismissed. One move is to insist that race makes the difference, that precisely because of the malignant role it has played in American, indeed in world history, its use as an allocative distinction should be deemed intolerable. But even the most conservative members of the Court admit that the

³² Compensation is constitutionally required only where state action of general benefit so degrades the value of property belonging to an individual or a discrete group that there is deemed to have been a taking without compensation.

³³ While it seems clear from the facts that he might have been admitted but for the program, they are not conclusive on this point.

³⁴ *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), is the exception. There a City-Council dominated by African-Americans adopted a 30 percent set-aside for minority contractors. The Court found it unconstitutional.

Fourteenth Amendment does not preclude affirmative use of racial classification by an institution that is found or admits to have discriminated against African-Americans³⁵. In other words, they concede that there is no absolute constitutional bar, a concession which carries the implication that remedial use is compatible with the liberal constitutional narrative.

The other move, one possibly implied by Justice POWELL's emphasis on BAKKE's inability to compete at all for the sixteen reserved seats, is to insist on a difference between measures that adversely impact a large and diffuse set of people with a common interest like rice farmers who get less favorable price supports or companies producing goods that do not get import protection and those that impact directly and transparently on individual competitors. According to this line of argument, BAKKE must be seen as an individual whose qualities are wholly ignored *because he is from the wrong race*.

To me the distinction seems more a matter of rhetorical than substantive differentiation. BAKKE is no more individually affected than a particular rice farmer in my hypothetical case. And like the farmer he has recourse to the political process for redress; that is he and persons similarly situated, not being members of a «discrete and insular minority», can plausibly seek to end or modify affirmative action programs whether by legislation or, in many states, referendum. To me all of the constitutional objections amount to the same claim, a claim that where racial criteria are used, there is a peculiar injustice to the resulting allocation of social goods. The claim is often made more dramatic by stating it in terms of reverse discrimination with the intention that it be translated as «reverse racism» or the deprivation of a human right not to be denied a benefit because of one's race.

DWORKIN's response seems to me extremely persuasive³⁶. BAKKE is not the victim of reverse racism. He has not been rejected because the administra-

³⁵ For example, in *City of Richmond*, Justice O'CONNOR wrote that racial preferences could be used by the City to rectify the effects of past discrimination only if the city itself had been the author of the injustice. *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

³⁶ See DWORKIN, *supra*, note 32 at 56. DWORKIN argues that the equal protection clause does not protect citizens from all legal classifications or distinctions that work to their disadvantage. The clause is violated, «not whenever some group has lost an important decision on the merits of the case or through politics, but when its loss results from its special vulnerability to prejudice or hostility or stereotype and its consequent diminished standing ... in the political community».

tors of the University of California hate or feel contempt for whites. And he has not, in any event, been stripped of a right. His right was to have his personal qualities assessed fairly in light of the legitimate institutional goals of the university. One of those goals may be to increase its resources in order to strengthen its educational programs. For the same reason it may reserve a certain number of places for the children of graduates, the so-called «legacy admits», since that may strengthen ties to its graduates and thereby increase their financial support for the university. It may also seek to have successful athletic teams, since success correlates to some significant degree with more applications and thus more funds or greater opportunity to select top students; it correlates as well with increased alumni giving. And so places are reserved for athletes who meet the threshold academic standards. Assuming BAKKE is neither the child of a graduate nor an athlete, he will be excluded from the slots set aside for those groups. And since he is not an African-American, he is excluded from some additional slots. Whether we are looking at athletic ability, legacy or minority status, exclusion of persons without these qualities is not humiliating and is substantially related to the legitimate purposes of the institution³⁷.

In the end, the several claims for nullification of affirmative action seem to implode into one, the impermissibility of racial criteria, a position required neither by the language, the history or the deep moral principles behind the Fourteenth Amendment and one the most conservative justices are unwilling to maintain. In other words, after all is said, one fails to see why or how BAKKE can be distinguished from the rice farmer.

³⁷ I should add that since *Bakke*, university affirmative action programs do not use the double track. Specified minorities get additional points for their minority status; but in theory every applicant is a candidate for every seat.

RECHTSSTAATSDEFIZITE FÜR AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER IM SCHWEIZERISCHEN VERWALTUNGSRECHT¹

THOMAS FLEINER

Professeur à l'Université de Fribourg
Directeur de l'Institut du Fédéralisme

I. Einleitung: das Rechtsstaatsprinzip von Artikel 5 BV²

Nach Art. 5 der Bundesverfassung ist das Recht Grundlage des staatlichen Handelns. Recht in diesem Sinne darf nicht auf das positive Gesetzesrecht reduziert werden. Es handelt sich um das Recht im Sinne der *Rule of Law*, d.h. um die Grundprinzipien unserer freiheitlichen Menschenrechtsordnung, die auch unabhängig vom positiven Gesetzesrecht gelten müssen. Nach Art. 5 BV bekennt sich unser Staat zu den Grundprinzipien der *Good Governance*, d.h. zum Prinzip des fairen Verfahrens, des Willkürverbotes, der Rechtssicherheit, der Verantwortlichkeit jeglicher staatlicher Tätigkeit vor einer politischen und/oder richterlichen Behörde, zur Transparenz und schliesslich zur demokratischen Legitimation hoheitlicher Eingriffe der Exekutivbehörden.

Neben Art. 5 BV kommt aber auch dem neuen Art. 29a BV³, d.h. der allgemeinen Rechtsweggarantie, eine besondere Bedeutung zu. Diese neue

¹ Die hier entwickelten Gedanken beziehen sich auf das geltende Recht. Das ANAG (Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, SR 142.20) wird aber demnächst ersetzt werden durch ein neues Ausländergesetz, das zur Zeit als Vorentwurf in Vernehmlassung ist. In den Fussnoten werde ich jeweils auf die entsprechenden Änderungen hinweisen (Vorentwurf zu einem Bundesgesetz für Ausländerinnen und Ausländer vom 8. August 2000, zit. VE AuG).

² In der Fassung vom 18. Dezember 1998, i. K. seit 1. Januar 2000, SR 101.

³ Art. 29a BV: Rechtsweggarantie: Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

Bestimmung muss sicherstellen, dass überall dort, wo rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden können, ein richterlicher Rechtsschutz bereitgestellt wird. Die Ausnahmekompetenz des Gesetzgebers nach Satz 2 dieser Bestimmung muss eng ausgelegt werden. Sie darf sich nicht mehr vom Bedürfnis der Verwaltung leiten lassen, im Ermessensbereich generell die richterliche Kontrolle auszuschliessen.

Diese Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gelten nicht nur für in der Schweiz lebende Schweizerinnen und Schweizer. Sie gelten vor allem auch für die in unserem Land arbeitenden, asylsuchenden oder sich erholenden Ausländerinnen und Ausländer. Trägt unsere derzeitige Gesetzgebung aber diesen Prinzipien Rechnung? Ich will im Folgenden aufzeigen, dass wir in unserem Recht einige elementare rechtsstaatliche Lücken haben, die sich m.E. in einem modernen Rechtsstaat nicht rechtfertigen lassen. Diese Lücken gelten sowohl für das allgemeine Ausländerrecht, für das Asylverfahren, für die Rechtsstellung der Asylsuchenden wie auch für das Bürgerrecht.

II. Allgemeines Ausländerrecht: Freies Ermessen (Transparenz, Verantwortlichkeit, Rechtssicherheit)

A. Die Aufenthaltsbewilligung

Nach Art. 4 ANAG⁴ entscheidet die Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach *freiem Ermessen* über die Bewilligung für den Aufenthalt oder die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Art. 4 ANAG gehört zu den ganz wenigen Beispielen positivrechtlicher Gesetzesnormen, welche das zu gewährende Ermessen überdies noch mit dem an sich überflüssigen Ausdruck *freies Ermessen*⁵ verstärken. Wollte der Gesetzgeber damit der Verwaltung noch unkontrollierbarere Kompetenzen einräumen, und sie absolut von jeglicher Verantwortlichkeit entbinden?

⁴ SR 142.20.

⁵ Im Vorentwurf zum neuen Ausländergesetz (VE AuG) ist in Art. 84 stattdessen vom *pflichtgemässen Ermessen* die Rede.

Bei der erstmaligen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist Ermessen der Verwaltung zweifellos gerechtfertigt. Ob es darüber hinaus auch noch als «freies» Ermessen zu bezeichnen ist, sei vorerst dahingestellt. Handelt es sich aber um die Erneuerung von Aufenthaltsbewilligungen, die in der Regel für ein Jahr gewährt werden, führt dieses Ermessen zu unkontrollierbarer Machtbefugnis von Beamtinnen und Beamten, die sich m.E. in einem Rechtsstaat nicht mehr rechtfertigen lassen. Wer sich in der Schweiz als Ausländer aufhält und um eine Erneuerung seiner Aufenthaltsbewilligung nachsucht, hat in der Regel ein erhebliches persönliches Interesse an der Erneuerung. Wird sie ihm oder ihr nicht erteilt, müssen die Betroffenen mit erheblichen persönlichen Nachteilen rechnen. Das Interesse der Gesuchsteller an der Erneuerung der Bewilligung verstärkt sich normalerweise mit jedem Jahr ihres Verbleibens in der Schweiz erheblich.

Dieser Situation trägt der Gesetzgeber aber nicht Rechnung. Es bleibt der Behörde anheimgestellt, zu beurteilen, ob und inwieweit sie diese sich stets verändernde Interessenlage berücksichtigen will oder nicht. Dies hat zur Folge, dass sich die Ausländerinnen und Ausländer einer nicht kontrollierbaren Behörde ausgeliefert fühlen. Über ihr «Wohlverhalten» entscheidet nicht, wie bei Schweizerinnen und Schweizern, nur die Strafbehörde, sondern auch die für die Erneuerung von Aufenthaltsbewilligungen zuständige Ausländerbehörde. Ausländerinnen und Ausländer befinden sich somit faktisch in einem *besonderen Gewaltverhältnis*.

Diese Abhängigkeit wird durch Art. 9 Abs. 2 ANAG noch verschärft. Denn nach dieser Bestimmung können Aufenthaltsbewilligungen widerrufen werden, wenn das Verhalten der Ausländer *zu schweren Klagen Anlass* gibt. Das Gesetz präzisiert nicht, um was für Klagen es sich handelt. Da der Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung für Ausländerinnen oder Ausländer existentielle Konsequenzen haben kann, wäre es ein Gebot des Legalitätsprinzips, es nicht bei einem so unbestimmten Rechtsbegriff wie *schwere Klagen* zu belassen, sondern zu präzisieren, welches rechtswidrige Verhalten zu einem Widerruf berechtigt. Gehört beispielsweise auch wiederholtes falsches Parkieren zu einem Verhalten, das den Widerruf rechtfertigt?⁶

⁶ Der neue Art. 58 VE AuG enthält eine Präzisierung: Danach gilt u.a. erheblicher oder wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Ordnung als Ausweisungsgrund, ebenso *Fürsorgeabhängigkeit*. Dies gilt nur für Personen mit einer gewöhnlichen Aufenthalts-

Nach Art. 29a der Bundesverfassung hat jetzt jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde. In Ausnahmefällen kann der Gesetzgeber von diesem Grundsatz abweichen. Die Nichterneuerung und der Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung sind aber Entscheidungen, die es m.E. wegen ihren schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen nicht rechtfertigen, als Ausnahmen im Sinne des Art. 29a BV behandelt zu werden⁷.

B. Niederlassungsbewilligung

Einer Richtlinie des Bundesamtes für Ausländerfragen entnehmen wir folgende Anordnungen:

Nr. 333.2 «Auf Grund von Niederlassungsvereinbarungen und Erklärungen des Bundesrates erhalten die Staatsangehörigen folgender Staaten die Niederlassungsbewilligung nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren in der Schweiz: Belgien, Bundesrepublik Deutschland (...).

Aus Gegenrechtserwägungen erhalten die Angehörigen folgender Staaten die Niederlassungsbewilligung nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren: Finnland, Grossbritannien, Irland, Island, Luxemburg, Norwegen, Schweden und die Vereinigten Staaten von Amerika.

Staatsangehörige von Andorra, Monaco, San Marino und der Vatikanstadt erhalten die Niederlassungsbewilligung ebenfalls nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren.

Angehörigen der übrigen Staaten kann die Niederlassungsbewilligung in der Regel nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von zehn Jahren erteilt werden.»

bewilligung. Personen mit einer *Niederlassungsbewilligung* können dagegen nur bei falschen Angaben im Bewilligungsverfahren und kriminellen Handlungen ausgewiesen werden.

⁷ In Art. 97 ff. VE AuG ist der Rechtsschutz geregelt. Auch wo kein Anspruch auf eine Bewilligung besteht, muss das *kantonale Recht* eine Behörde bezeichnen, die die Rekurse behandelt. Die Beschwerdeentscheide letzter kantonomer Instanzen sind i.d.R. endgültig (es sei denn, das Bundesrecht gewähre einen Anspruch auf eine Bewilligung, vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. b OG, SR 173.110) und können nur noch mit staatsrechtlicher Beschwerde bis ans Bundesgericht weitergezogen werden. Eine Ausnahme bildet die Ausweisung von Asylsuchenden nach Art. 44 Asylgesetz, SR 142.31. Hier ist das eidgenössische *Bundesamt für Flüchtlinge* (endgültig) zuständig.

Nr. 333.3 «Nach ständiger Praxis wird ordentlichen und ausserordentlichen Professoren, die an einer Universität, an einer ETH oder am Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (IUHEI) unterrichten, die Niederlassungsbewilligung sofort erteilt werden. Die gleiche Regelung gilt für den ausländischen Ehegatten und die minderjährigen Kinder eines ordentlichen oder ausserordentlichen Professors schweizerischer Staatsangehörigkeit.»

Es liegt auf der Hand, dass derartige Diskriminierungen und Bevorzungen einer sorgfältigen Überprüfung der Rechtsgleichheit nicht standhalten würden. Warum sind beispielsweise Ehegatten von Professoren gegenüber Ehegatten von anderen Beamten oder Drittpersonen zu bevorzugen?

Unbestreitbar müssen Angehörige von Staaten, mit denen die Schweiz eine Niederlassungsvereinbarung abgeschlossen hat, entsprechend den völkerrechtlichen Verpflichtungen behandelt werden. Was für Rechtsfolgen haben dagegen die sog. *Gegenrechtserwägungen*? Inwieweit können *Erwägungen* überhaupt Rechtsgrundlage sein? Weshalb gibt es keine Gegenrechtserwägung mit Staaten ausserhalb der *atlantischen* Gemeinschaft? Ist es zulässig, Personen lediglich auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit zu bevorzugen bzw. zu diskriminieren? Warum sind Angehörige vom Vatikanstaat besser zu behandeln als Angehörige von Albanien? Weshalb entscheidet man auf Grund der Staatsangehörigkeit, die die betreffenden Personen ja überhaupt nicht beeinflussen können, und nicht auf Grund des Verhaltens von Ausländerinnen oder Ausländern? Worin unterscheidet sich eine derartige Diskriminierung vom eigentlichen Rassismus?

Solche Richtlinien lassen sich nicht überprüfen. Sie können jederzeit abgeändert werden. Erklären lassen sich derart eindeutige Verletzungen der Rechtsgleichheit nur durch das freie Ermessen, das das ANAG den zuständigen Behörden für die Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen einräumt.

III. Asylrecht: Rechtsstaatlichkeit, Gesetzmässigkeit, faires Verfahren

A. Das Verfahrensrecht: Die Feststellung des Sachverhalts

Nach Art. 12 VwVG⁸ stellt die Behörde in einem Verwaltungsverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Wer das Asylgesetz liest, geht davon aus, dass der Sachverhalt für die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft auf Grund von Art. 3 Asylgesetz⁹ zu bestimmen ist. Dieser lautet:

Der Begriff «Flüchtling»

1. Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden.
2. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen.

Flüchtling ist also, wer in seiner Heimat an Leib oder Leben gefährdet ist, um seine Freiheit fürchten muss oder einem unerträglichen psychischen Druck ausgesetzt ist. *Dieser Sachverhalt müsste von der Behörde, die über Asylgesuche zu entscheiden hat, abgeklärt werden.*

Dies entspricht aber offenbar nicht dem Willen des Gesetzgebers. Dieser bestimmt nämlich in Art. 7 Asylgesetz¹⁰.

Nachweis der Flüchtlingseigenschaft:

1. Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen.
2. Glaubhaft gemacht ist die Flüchtlingseigenschaft, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält.
3. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsa-

⁸ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

⁹ Asylgesetz vom 5. Oktober 1979, SR 142.31.

¹⁰ Eingefügt bei der Gesetzesrevision vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Oktober 1999, BBl 1996 II 1 ff.

chen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden.

Massgebend ist also nicht, ob Asylsuchende tatsächlich gefährdet sind, sondern ob sie hierfür den Nachweis erbringen oder ihre Gefährdung wenigstens glaubhaft machen können. In einem Verfahren, in welchem es nur eine Prozesswahrheit geben kann, ist eine Beweislastverteilung unerlässlich.

Das Asylgesetz überbindet die Beweislast den Asylsuchenden.

Im Verwaltungsverfahren gehen wir aber davon aus, dass die Macht und damit auch die schwere Verantwortung, den Sachverhalt festzustellen, der verfügenden Behörde obliegt. Die Parteien haben zwar eine Behauptungs-, aber keinesfalls eine Beweislast. Mit der Einführung einer eigentlichen Beweislast führt der Gesetzgeber ein völlig fremdes Verfahrenselement in das nichtstreitige öffentliche Verfahren ein und erschwert es den Parteien in erheblichem Ausmass, ihr Begehren zu substantzieren. Dies ist nicht nur verfahrensrechtlich problematisch; es widerspricht auch dem VwVG, das in Art. 4 ausdrücklich festhält:

Bestimmungen des Bundesrechts, die ein Verfahren eingehender regeln, finden Anwendung, soweit sie den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht widersprechen.

Die Verfahrensregelung des Asylgesetzes hält also ohne ausdrückliche Abänderung des VwVG nicht stand und widerspricht eindeutig früherem Recht, das sich eine Auslegung nach dem Prinzip der *lex posterior* ausdrücklich verbietet.

Man stelle sich vor, Präsident MANDELA hätte während der Gefangenschaft, in der er 27 Jahre lang auf den *Robben Islands* schmachten musste, fliehen und sich in die Schweiz absetzen können. Er hätte seine Identität zu seinem und seiner Freunde Schutz in und ausserhalb der Gefangenschaft nicht bekanntgeben können. Die Häscher des Apartheidregimes hatten einen langen Arm, der bis in die Schweiz reichte. Er hätte also seine Flüchtlingseigenschaft nicht beweisen können, wäre somit für die Behörden nicht glaubhaft gewesen, obwohl er eindeutig an Leib und Leben gefährdet war.

B. Die Rechtsstellung der Asylsuchenden während des Verfahrens

Während des Asylverfahrens befinden sich die Asylbewerberinnen und -bewerber in einem eigentlichen *besonderen Gewaltverhältnis*. Wesentliche Rechte werden durch interne Anweisungen und Merkblätter eingeschränkt. Im besten Fall erlässt die Exekutive eine Verordnung mit schwerwiegenden Konsequenzen. Solche generellen Anordnungen lassen sich meistens kaum richterlich anfechten. In allen Rechtsstaaten wurde zu Recht die Praxis des israelischen *Supreme Courts* betreffend der Zulässigkeit bzw. neuerdings der Unzulässigkeit der Folter in der Untersuchungshaft diskutiert und beurteilt. Das Schlimme an der schweizerischen Situation liegt darin, dass es kaum ein wirksames Rechtsmittel gibt, mit welchem sich Asylbewerberinnen oder -bewerber gegen Übergriffe der Behörden wehren können.

In einem Merkblatt für Asylsuchende wurde oder wird noch immer unter anderem angeordnet:

«Ihre Familienmitglieder dürfen nicht in die Schweiz kommen, solange Ihr Asylverfahren nicht abgeschlossen ist (...). Verletzen Sie eine der vorher genannten Mitwirkungspflichten, riskieren Sie, dass auf Ihr Asylgesuch nicht eingetreten wird. Dies bedeutet, dass Sie gegebenenfalls durch die Schweizer Behörden – wenn nötig unter Zwang – innert kurzer Frist in Ihren Heimatstaat ausgeschafft werden.»¹¹

Ein Kommentar für eine derartige Anordnung erübrigt sich. Solche autoritären Anordnungen, die keine gesetzliche Grundlage haben, d.h. solche Merkblätter sind nur deshalb möglich, weil es kaum Rechtsmittel gibt, um sie anzufechten.

C. Besonderes Gewaltverhältnis: Die Ausschaffungshaft

Die Ausschaffungshaft wird nicht nur gegenüber Kriminellen angeordnet. In der Ausschaffungshaft befinden sich Personen, die sich keines Vergehens schuldig gemacht haben und somit auch nicht gemeingefährlich sind. Ausschaffungshaft ist kein Strafvollzug, sondern ein Mittel zur zwangsweisen Durchset-

¹¹ REZA SHAHRDAR, *Die Rechtsstellung der Asylsuchenden bis zum Entscheid über die Anerkennung des Flüchtlingsstatus*, Zürich 1995, S. 200 ff.

zung des Verwaltungsrechts. Es gelten für die Ausschaffungshaft somit alle elementaren verfassungsrechtlichen Grundsätze wie namentlich der Grundsatz der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 1 u. 2 BV). Zur Durchsetzung der Ausschaffung von abgewiesenen Asylsuchenden hat nun der Regierungsrat des Kantons Zürich folgende Verordnung erlassen:

ZH Verordnung über Flughafengefängnis:

Art. 21. Die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft dient der Sicherung von Verfahren und Vollzug bei Wegweisungen und Ausschaffungen.

Art. 31. Für Inhaftierte, bei denen in erhöhtem Masse Fluchtgefahr oder die Gefahr von Gewaltanwendung gegen Dritte, sich selbst oder Sachen besteht, kann die Direktion besondere Sicherungsmassnahmen anordnen.

Die Verordnung überlässt es dem Ermessen der Direktion zu beurteilen, ob für Inhaftierte besondere Fluchtgefahr besteht. Diese entscheidet auch über die Art der Sicherungsmassnahmen, da sich die Verordnung nicht dazu äussert. In einer Agenturmeldung der SDA vom 10. April 2000 heisst es nun, *Amnesty International* sei besorgt über die von der Polizei im Ausschaffungsgefängnis Kloten ZH angewandten Methoden mit *Klebbändern, Knebelung und Fesselung sowie Beruhigungsspritzen*.

Zweifellos hätte man auch beim Präsidenten MANDELA Fluchtgefahr annehmen können, falls es ihm tatsächlich gelungen wäre, aus *Robben Islands* zu fliehen und in der Schweiz einen Asylantrag zu stellen. Man stelle sich vor, die Schweizer Behörden hätten gestützt auf diese Verordnung besondere Sicherungsmassnahmen wie Knebelung, Klebebänder, Fesselung etc. angewandt.

Welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen nun aber für Personen, die sich solchen Massnahmen ausgesetzt sehen?

Wir haben keine Rechtsmittel, mit denen wir der Polizei gerichtlich verbieten könnten, solche Massnahmen anzuwenden. Vielerorts wurde das bereits erwähnte Gerichtsurteil des israelischen *Supreme Courts* gelobt, das während der Dauer der Untersuchungshaft die Folter verboten hat. In unserem Rechtssystem kennen wir weder das Rechtsmittel der *Injunction* noch des *Mandamus*, mit welchem das Gericht im betreffenden Urteil des israelischen *Supreme Courts* die Anwendung von physischen Massnahmen für Personen in Ausschaffungshaft verbieten konnte, selbst gegen den Einwand, sol-

che Massnahmen seien unerlässlich, um an die notwendigen Informationen zum Schutz vor Terrorakten zu kommen.

Wenn sich abgewiesene Asylbewerber aber gegen eine Ausschaffung wehren, steht die Sicherheit der schweizerischen Bevölkerung in keiner Weise auf dem Spiel. Man darf sich deshalb mit Fug fragen, ob auf Grund des neuen Art. 29a der Bundesverfassung nicht auch für derartige Rechtsstreitigkeiten ein richterlicher Rechtsschutz zu garantieren wäre¹².

IV. Demokratische Legitimation und Einbürgerung

A. *Legitimation einer 4/5 Demokratie*

In der Schweiz leben derzeit ca. 20% nicht stimmberechtigte Ausländerinnen und Ausländer. Die demokratische Legitimation für Verfassung und Gesetze, denen auch die ausländische Wohnbevölkerung unterstellt ist, reduziert sich damit um 1/5 der Wohnbevölkerung. Wir sind also lediglich eine 4/5 Demokratie. Wenn man bedenkt, dass zur *Good Governance* auch die demokratische Legitimation gehört,¹³ muss man sich die Frage stellen, ob sich eine Demokratie im Zeitalter der Globalisierung um 20% der betroffenen Wohnbevölkerung verkürzen kann, mit der *formalen* Begründung, Ausländer seien *keine vollberechtigten Staatsbürger*¹⁴.

B. *Der Einbürgerungsentscheid und die Demokratietheorien*

Umgekehrt verlangen aber mehr und mehr Gemeinden, dass Entscheide über die Einbürgerung demokratisiert und in die Hände des Volkes verlegt werden.

¹² Art. 72 Abs. 2 VE AuG verlangt nun: *Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen.*

¹³ *Eine grundsätzliche Lösung einer einvernehmlichen Staats- und Verfassungsbildung kann sich deshalb letztlich nur durch den Einbezug der verschiedenen Gemeinschaften in die verfassungsgebende Gewalt verwirklichen.* THOMAS FLEINER-GERSTER, «Multikulturelle Gemeinschaft», in: PIFF 11, *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, Fribourg 1995, S. 54.

¹⁴ Vgl. dazu HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, «Verfassungsrecht und neue Minderheiten», in: PIFF 11 (Anm. 13), S. 153 ff.

Solche Tendenzen lassen sich mit den traditionellen Demokratietheorien in keiner Weise rechtfertigen. Die Demokratie ist nach ROUSSEAU und nach MADISON das Verfahren, das am besten den gerechten Interessenausgleich sicher stellt. Allgemeine Gesetze müssen der *volonté générale* entsprechen, deshalb soll das Volk in das Verfahren einbezogen werden¹⁵.

Einzelschicksale dürfen aber nicht von einem demokratischen Mehrheitsentscheid abhängig gemacht werden. Dies erinnert zu sehr an das alte Gerichtsverfahren der Volksversammlung, bei welchem man den demokratischen Entscheid als *Gottesurteil* zu akzeptieren hatte. Diese archaische Sicht der Demokratie wurde durch den modernen Konstitutionalismus, der letztlich auch die Grundlagen für unser schweizerisches Staatswesen gelegt hat, hoffentlich endgültig überwunden. Demokratie legitimiert die Staatsgewalt und trägt zu mehr Gerechtigkeit in der Gesetzgebung und beim Finanzhaushalt bei. Das Schicksal von einzelnen Menschen kann aber nicht einer Volksbürgerschaft überantwortet werden, welche letztlich für ihre Entscheide niemandem gegenüber verantwortlich ist¹⁶.

C. Das Akteneinsichtsrecht im Einbürgerungsverfahren

Im Einbürgerungsverfahren werden den Einbürgerungsbehörden von verschiedenster Seite Informationen über die Einbürgerungskandidaten zugestellt. Als Parteien im Verwaltungsverfahren haben die Kandidatinnen und Kandidaten das Recht auf Akteneinsicht. Sie sollten über die Informanten sowie über den Inhalt ihrer Auskunft in Kenntnis gesetzt werden¹⁷. Meines Wissens wird aber das Einbürgerungsverfahren nicht nach den Vorschriften des VwVG durchgeführt.

¹⁵ THOMAS FLEINER-GERSTER, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 48, N. 22.

¹⁶ «Das Mehrheitsprinzip ermächtigt die Mehrheit nicht zur Tyrannei über die Minderheit.» Zur Einschränkung des Mehrheitsprinzips vgl. FLEINER-GERSTER (Anm. 15), S. 304, N. 22.

¹⁷ Das Akteneinsichtsrecht wird auch im VE AuG nicht ausdrücklich geregelt. Dagegen ist der Datenschutz rsp. die Ermächtigung zur Datenverarbeitung auch von *schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen* durch die zuständigen Behörden und die Errichtung eines *zentralen automatisierten Registrarsystems über Ausländer und Ausländerinnen* in den Art. 89–96 VE AuG ausführlich geregelt. Art. 96 letzter Satz lautet: «Es dient zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe in Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz und zum schnellen und einfachen Zugriff auf Dokumentationen.»

V. Schlussfolgerungen

Es scheint mir unerlässlich, dass der gesamte Bereich des Ausländerrechtes namentlich *im Lichte des neuen Art. 29a BV* neu überprüft und den heutigen rechtsstaatlichen Anforderungen angepasst wird. Dabei kann man sich in gewissen Bereichen fragen, ob und inwieweit an Stelle oder in Ergänzung des richterlichen Rechtsschutzes mit der Institution einer *Ombudsperson* zur Wahrung der Rechte der Asylsuchenden, der Gerechtigkeit und den Menschenrechten nicht besser gedient wäre, als wenn man sich, wie bis anhin, ganz auf das *freie Ermessen* der Verwaltungsbehörden verlässt.

Aber auch auf dem Gebiet der Demokratietheorie¹⁸ sind wir herausgefordert. Es gibt unzählige Formen von Demokratien und entsprechend viele Demokratietheorien¹⁹. Die Akzente werden jeweils verschieden gesetzt, je nach dem herrschenden Regierungssystem und nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Auch die Abgrenzung zwischen Staaten, die das Prädikat Demokratie verdienen, weil bei ihnen die Mitwirkungsrechte des Volkes genügend gewahrt erscheinen²⁰ und solchen, die als nicht demokratisch eingestuft werden, ist bei weitem nicht immer so einfach zu ziehen.

Alle modernen Demokratien besitzen ihre Stärken, haben aber auch ihre Schwachstellen²¹. Statt einander zu bekämpfen und zu belehren, sollten wir vielmehr gegenseitig voneinander lernen²².

¹⁸ «Die noch ungelöste Aufgabe besteht also darin, sich konsequent der Frage zu stellen, in welchem Masse und auf welche Weise Ideale verwirklicht werden können.» GIOVANNI SARTORI, *The theory of democracy revisited*, ins Deutsche übersetzt von HERMANN VETTER unter dem Titel *Demokratietheorie*, Darmstadt 1997, S. 6.

¹⁹ LINCOLNS Demokratieformel, *Government of the people, by the people, and for the people*, bedarf der Konkretisierung. Eben diese ist von Periode zu Periode und von Land zu Land verschieden. MANFRED G. SCHMIDT, *Demokratietheorien*, 3. Aufl., Opladen 2000, S. 24.

²⁰ «Wahlen und Repräsentation sind notwendige Instrumente der Massendemokratie, aber auch ihre Achillesferse.» SARTORI (Anm. 18), S. 40.

²¹ «Die vergleichende Demokratieforschung beschreibt und erklärt Gemeinsamkeiten und Unterschiede verschiedener Demokratietypen und erkundet deren Vorzüge und Nachteile...» SCHMIDT (Anm. 19), S. 16.

²² Demokratieforschung dient auch dazu, die Bedingungen zu untersuchen, «unter denen demokratisch verfasste Staaten gedeihen oder zusammenbrechen». SCHMIDT (Anm. 19), S. 16.

Die Tatsache, dass bis heute *keine allgemeingültige Demokratietheorie* entwickelt werden konnte, sollte uns aber nicht entmutigen. Auch wenn es keine generell akzeptable Rechtfertigung für den derzeitigen Stand unseres Demokratieverständnisses gibt, müssen wir doch mit Nachdruck alle Veränderungen unterstützen, die zu einer besseren Legitimationsgrundlage unserer direkten Demokratie beitragen können.

DE L'ABSENCE D'AUTONOMIE À L'INDÉPENDANCE: HISTOIRE ET ÉVOLUTION DE L'ARTICLE 14 CEDH

MICHEL HOTTELIER

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Plusieurs dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, se réfèrent de manière plus ou moins explicite à l'égalité de traitement. Sur un plan général d'abord, les droits conventionnels bénéficient, conformément à l'art. 1^{er} CEDH, à «toute personne» qui se trouve placée sous la juridiction d'un Etat partie, sans autre espèce de distinction¹. Le champ d'application personnel de ces garanties est ainsi basé sur l'égalité de principe de leurs bénéficiaires, et rares sont les dispositions qui tendent à limiter leur empire à certaines catégories de justiciables seulement². Sur un plan plus spécifique ensuite, l'égalité de traitement, conçue comme un élément constitutif objectif, contribue parfois à façonner le champ d'application matériel de certains droits. On pense à l'art. 6 CEDH, dont le pivot, le droit de bénéficier d'un procès équitable, est profondément empreint de la notion d'égalité³. L'art. 7 CEDH, qui consacre le prin-

¹ Dans le même sens, voir l'art. 3 du Statut du Conseil de l'Europe, du 5 mai 1949 (RS 0.192.030); voir req. n° 23550/94, *Association mondiale pour l'Ecole Instrument de Paix c. Suisse*, décision du 24 février 1995, JAAC 59/IV (1995), n° 144; req. n° 7289/75 et 7349/76, *X. et Y. c. Suisse*, décision du 14 juillet 1977, DR 9, p. 89.

² L'art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 7 réserve par exemple le bénéfice des garanties procédurales en cas d'expulsion aux seuls étrangers «résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat», à l'exclusion des étrangers de passage ou de ceux dont la présence n'a pas été régularisée. Pour une illustration de cette conception étroite du champ d'application personnel de cette disposition, voir req. n° 19373/92, *Voulofvitch et autres c. Suède*, décision du 13 janvier 1993, DR 74, p. 219.

³ ACEDH *Nideröst-Huber c. Suisse*, du 18 février 1997, Rec. 1997-I, p. 107, par. 23: «Le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de pré-

cipe de la légalité en droit pénal, véhicule à sa manière un message d'égalité, à travers l'exigence de normes, destinées par définition à faire l'objet d'une application uniforme, en proscrivant en particulier l'application extensive de la loi pénale au détriment de l'accusé⁴. L'art. 5 du Protocole additionnel n° 7, du 22 novembre 1984, complète le droit au mariage qu'énonce l'art. 12 CEDH, en posant le postulat de l'égalité civile des époux⁵. D'autres normes encore, qui ressortissent au domaine des limites susceptibles d'être opposées aux garanties conventionnelles, légitiment des restrictions *a priori* contraires au principe d'égalité de traitement, soulignant par là même la vocation en principe égalitaire des droits consacrés par la CEDH. On songe, dans ce cadre, à l'art. 16 CEDH, disposition pour le moins anachronique et du reste peu utilisée, qui admet que des restrictions soient portées à l'activité politique des étrangers⁶, ou encore à l'art. 11 par. 2 seconde phrase CEDH, qui rend possibles les «restrictions légitimes» à la liberté de réunion et d'association des membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat⁷.

Et puis, il y a l'art. 14 CEDH. L'interdiction de discrimination que postule, conformément à son titre, cette disposition occupe une place à la fois ambiguë et étonnante dans l'architecture conventionnelle. Ambiguë, parce que, pour jouer un rôle assurément central dans l'idéologie et la systématique des droits de l'homme, le principe d'égalité de traitement ne s'en trouve pas moins relégué, dans le système européen, au tout dernier rang des droits énoncés par la Convention, pour n'y occuper qu'un modeste strapontin, juste derrière le droit à un recours effectif de l'art. 13 CEDH. Étonnante, parce que l'art. 14

senter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire». Voir également req. n° 19437/92, *K. F. c. Suisse*, décision du 24 février 1995, JAAC 59/IV (1995), n° 125.

⁴ Req. n° 23337/94, *Magharian c. Suisse*, décision du 9 avril 1997, JAAC 61/IV (1997), n° 116; voir également req. n° 21216/93, *P. N. c. Suisse*, décision du 5 avril 1995, JAAC 59/IV (1995), n° 134; req. n° 17265/90, *Baragiola c. Suisse*, décision du 21 octobre 1993, DR 75, p. 103; req. n° 10505/83, *Enkelmann c. Suisse*, décision du 4 mars 1985, JAAC 49/IV (1985), n° 76 et les références citées.

⁵ Req. n° 32700/96, *Purtonen c. Finlande*, décision du 9 septembre 1998, DR 94-B, p. 97; req. n° 25053/94, *Klöpper c. Suisse*, décision du 18 janvier 1996, DR 84-B, p. 103.

⁶ ACEDH *Piermont c. France*, du 27 avril 1995, Série A n° 314, p. 24, par. 64, dans lequel la Cour relève que l'appartenance d'une justiciable à un Etat membre de l'Union européenne et, de surcroît, sa qualité de parlementaire européenne, ne permettent pas aux autorités françaises de lui opposer l'art. 16 CEDH dans le cadre de restrictions frappant sa liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH.

⁷ Req. n° 11603/85, *Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume-Uni*, décision du 20 janvier 1987, DR 50, p. 252.

CEDH représente une norme dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'a guère tenu ses promesses ni les espoirs qu'elle pouvait légitimement susciter, ainsi que l'atteste son évolution. Naguère réputée dépourvue d'autonomie par rapport aux autres garanties de la Convention, peu souvent sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme, la disposition paie assurément un lourd tribut à la formulation résolument étriquée dont l'ont dotée ses auteurs. Cette situation pourrait toutefois évoluer avec l'adoption du Protocole additionnel n° 12 à la CEDH qui, sur ce terrain précisément, vient actualiser un principe certes cardinal, mais trop souvent négligé.

I. L'absence d'indépendance

L'une des caractéristiques majeures de l'art. 14 CEDH réside dans son manque d'indépendance. L'interdiction de discrimination que postule cette disposition limite en effet son empire à la «jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention» et ses Protocoles additionnels, à l'exclusion de tout autre droit ou liberté. Il s'ensuit que l'art. 14 CEDH proclame l'égalité devant les droits conventionnels seulement, par opposition à l'égalité devant la loi en général⁸. Tant devant les instances nationales que, plus tard⁹, devant la Cour de Strasbourg, le particulier ne peut dès lors se prévaloir de l'art. 14 CEDH que pour autant qu'il invoque, simultanément, le bénéfice d'un droit matériel consacré par la Convention ou l'un de ses Protocoles

⁸ FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., Paris 1999, p. 305; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2^{ème} éd., Berne 1999, p. 319; MARK E. VILLIGER, *Handbuch der EMRK*, 2^{ème} éd., Zurich 1999, p. 431; PIERRE LAMBERT, «Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme?», *RTDH* 1998 (vol. 9), p. 497; JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2^{ème} éd., Cologne 1996, p. 436. Voir la description de l'article 14 CEDH formulée par la Cour dans l'*Affaire relative à certains aspects de l'enseignement linguistique en Belgique*, ACEDH du 23 juillet 1968, Série A n° 6, p. 34, par. 9: «Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés».

⁹ Art. 35 par. 1 CEDH.

additionnels¹⁰, pour autant bien entendu que ceux-ci aient été ratifiés par l'Etat mis en cause¹¹.

Assez curieusement, l'histoire semble n'expliquer qu'imparfaitement cette situation. Le premier projet de Convention européenne contenait en effet une disposition qui, pour être calquée sur l'art. 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948, énonçait le principe d'égalité devant la loi de manière générale. Etonnamment, la disposition a disparu lors des phases ultérieures des travaux préparatoires, apparemment sans explication¹².

Sur le terrain du droit, deux conséquences résultent de ce qui précède. La première se situe au niveau des rapports entre l'art. 14 CEDH et les garanties d'égalité de rang constitutionnel issues du droit interne des Etats parties. Compte tenu de sa portée réduite, l'art. 14 CEDH se voit pour ainsi dire systématiquement relégué au rang des accessoires, au profit des clauses

¹⁰ ACEDH *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*, du 27 juin 2000, par. 86; req. n° 23868/94 et 23869/94, *Loersch et Nouvelle Association du Courrier c. Suisse*, décision du 24 février 1995, JAAC 59/IV (1995), n° 145; req. n° 16564/90, *H. W. et E. K. c. Suisse*, décision du 8 avril 1991, JAAC 55/IV (1991), n° 55; req. n° 12647/87, *Bertrand c. Suisse*, décision du 14 avril 1989, JAAC 53/IV (1989), n° 62; req. n° 11680/85, *F. c. Suisse*, décision du 10 mars 1988, JAAC 52/IV (1988), n° 80; D. J. HARRIS/M. O'BOYLE/C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres 1995, p. 464.

¹¹ FROWEIN/PEUKERT (note 8), p. 438 et les références citées. Voir également KARL JOSEPH PARTSCH, «Discrimination», in: MACDONALD/MATSCHER/PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, p. 572. Pour quelques exemples, voir l'arrêt *H.*, ATF 123 II 477: l'art. 14 CEDH ne peut être invoqué en relation avec la liberté de circulation énoncée par l'art. 2 du Protocole additionnel n° 4 à la CEDH, la Suisse n'ayant pas ratifié cet instrument; req. n° 25053/94 *Klöpper* (note 5), p. 104: la Suisse n'ayant pas ratifié le Protocole additionnel n° 1 à la CEDH, la Commission est incompétente pour connaître d'une violation alléguée de l'art. 1 de cet instrument, qui consacre le droit au respect de ses biens, en relation avec l'art. 14 CEDH; req. n° 17513/90, *Müller c. Suisse*, décision du 10 janvier 1991, JAAC 55/IV (1991), n° 47: même raisonnement, dans le cas d'une requête mettant en cause l'impossibilité d'invoquer la compensation à l'encontre de créances dérivant du droit public en faveur de l'Etat et des communes au sens de l'art. 125 ch. 3 du Code des obligations.

¹² MARC BOSSUYT, «Article 14», in: PETTITI/DECAUX/IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris 1999, p. 475; MICHEL MELCHIOR, «Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme», in: ALEN/LEMMENS, *Egalité et non-discrimination*, Anvers 1991, p. 6; LAMBERT (note 8), p. 497; P. VAN DIJK/J. H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 2^{ème} éd., Deventer 1990, p. 532. Voir également PHEDON VEGLERIS, «Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», in: *Mélanges W. J. H. VAN DER MEERSCH*, vol. I, Bruxelles 1972, p. 575.

correspondantes d'origine nationale qui, en ce domaine, sont bien souvent réputées offrir une protection plus large¹³, donc plus favorable¹⁴. Il n'est ainsi pas rare de voir le Tribunal fédéral rejeter le moyen tiré de la violation de l'art. 14 CEDH en raison du manque d'indépendance qui caractérise cette disposition, ou encore lui préférer, pour se prononcer, la garantie d'égalité prévue par la Constitution fédérale¹⁵.

La seconde conséquence réside dans le filtrage drastique effectué par la Commission européenne des droits de l'homme naguère¹⁶ et, à présent, par les Comités ou les Chambres de la Cour institués par le Protocole n° 11¹⁷. L'examen de la recevabilité des requêtes conduit bien souvent les magistrats européens à rejeter d'emblée le grief tiré de la violation de l'art. 14 CEDH, au motif que cette disposition n'est pas applicable au cas d'espèce, faute de pouvoir se raccorder à l'un ou l'autre des droits conventionnels¹⁸.

¹³ L'affirmation n'est cependant pas absolue: il est en effet possible de concevoir des dispositions constitutionnelles proches du principe d'égalité de traitement, qui sont pourtant dépourvues de portée propre en droit interne. Tel est le cas de l'interdiction de l'arbitraire en droit fédéral suisse qui, pour représenter un droit fondamental *indépendant* à teneur de l'art. 9 Cst., est toutefois interprété dans un sens opposé par le Tribunal fédéral sous l'angle de la qualité pour recourir de l'art. 88 OJ; voir ATF 126 I 81 P.

¹⁴ VILLIGER (note 8), p. 432; EDWIN BUSUTTL, «The Case-Law of the Commission as Regards Non-Discrimination (Article 14 of the Convention)», in: *Liber Amicorum CARL AAGE NORGAARD*, Baden-Baden 1998, p. 32; GEORG MÜLLER, «Article 4», in: *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, Berne 1995, p. 15, par. 18 et les références citées; GIORGIO MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis. L'interdiction de la discrimination (art. 14)*, FJS 1384, Genève 1991, p. 1.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 décembre 1994, dans la cause *P. G. et consorts c. Genève*, consid. 2d), RSDIE 1996 (vol. 6), p. 451: «L'art. 14 CEDH ne confère aucun droit supplémentaire aux particuliers dont ils pourraient se prévaloir indépendamment de toute autre liberté fondamentale garantie par la Convention»; voir également; ATF 125 III 209 X.; arrêt du Tribunal fédéral, du 28 mai 1997, dans la cause *J. M. R.-R. c. Tessin*, consid. 3c), RSDIE 1998 (vol. 8), p. 519; ATF 121 V 231 B.; 121 I 216 M. H.; 120 Ib 149 *Obersee Nachrichten AG*: «Art. 14 EMRK geht sonst nicht über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot in Art. 4 Abs. 1 BV hinaus»; ATF 120 V 5 B.; 118 Ia 347 M.; 105 V 3 *Achermann*.

¹⁶ Voir par exemple req. n° 20881/92, *Lanz c. Suisse*, décision du 2 mars 1994, JAAC 58/IV (1994), n° 98: en tant que les griefs articulés par le requérant tendant à l'allocation d'une aide financière ne relèvent pas de l'art. 6 par. 1 CEDH, l'art. 14 CEDH ne peut pas être invoqué en relation avec cette disposition.

¹⁷ Art. 27 par. 1, 28 et 29 CEDH.

¹⁸ Sur un plan plus général, voir les remarques de BOSSUYT (note 12), p. 479, note 1: «En limitant l'interdiction de la discrimination d'un point de vue institutionnel, les Etats parties à la CEDH ont préféré que des choix (souvent éminemment politiques) soient

II. L'autonomie

La question de l'absence d'autonomie de l'art. 14 CEDH concerne un épisode éphémère et aujourd'hui révolu de l'histoire de cette disposition. Cette problématique, qui porte sur l'effet utile du principe d'égalité, a poussé les exégètes de la Convention à déterminer si l'art. 14 CEDH pouvait être invoqué en l'absence de violation du droit auquel il se rattache¹⁹, ou s'il ne constituait, en sens inverse, qu'une «circonstance aggravante» d'une violation préexistante de ce dernier²⁰.

Si la réponse à cette question ne peut qu'être affirmative, il n'en a pourtant pas toujours été ainsi. En son temps, la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme a en effet présenté un certain nombre de cas dans lesquels cette instance a refusé d'appliquer l'art. 14 CEDH et, partant, de sanctionner son éventuelle violation, au motif qu'aucune violation du droit auquel il était couplé n'avait préalablement été constatée²¹. Ce n'est qu'en 1966 que la Commission a réfuté cette conception restrictive de l'interdiction de la discrimination, pour admettre désormais que ce principe s'applique indistinctement à l'ensemble des droits énoncés par la Convention, indépendamment de leur violation respective²². Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 23 juillet 1968 à propos de l'*Affaire linguistique belge*, la Cour a catégori-

effectués plutôt par les législateurs nationaux que par des juges internationaux. En matière de discrimination, la discussion ne porte pas sur la question de savoir si des distinctions arbitraires sont permises, mais sur la détermination de l'organe le mieux qualifié pour évaluer le caractère arbitraire ou non d'une distinction légale.

¹⁹ MARC-ANDRÉ EISSEN, «L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission», in: *Mélanges POLYS MODINOS*, Paris 1968, p. 122.

²⁰ GÉRARD COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris 1989, p. 538.

²¹ Voir par exemple req. n° 1452/62, *X. c. Autriche*, décision du 18 décembre 1962, Rec. 12, p. 127; req. n° 808/60, *Isop c. Autriche*, décision du 8 mars 1962, Ann. 1962 (vol. V), p. 125; req. n° 104/55, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 17 décembre 1955, Ann. 1957 (vol. I), p. 229; voir également EISSEN (note 19), p. 123.

²² Req. n° 2299/64, *Grandrath c. République fédérale d'Allemagne*, rapport du 12 décembre 1966, Ann. 1967 (vol. X), p. 679: «La question de savoir si l'article 14 peut être appliqué ne dépend pas uniquement du fait que la Commission a constaté au préalable qu'un autre article de la Convention a été violé. Dans certains cas, l'article 14 peut être violé dans un domaine visé par un autre article de la Convention, bien que ce dernier n'ait pas été directement violé».

quement rejeté la thèse de l'absence d'autonomie de l'art. 14 CEDH²³. Elle n'est depuis lors plus revenue sur cette position²⁴.

III. Le caractère accessoire

L'absence d'indépendance qui caractérise l'art. 14 CEDH et la question de son autonomie peuvent être liées à une autre particularité propre à cette disposition, pour permettre d'expliquer la portée réduite que revêt le principe d'égalité de traitement dans la casuistique de la Cour. Nous voulons parler des cas, à vrai dire peu nombreux en pratique, dans lesquels l'art. 14 CEDH, pour être effectivement applicable en dépit de son absence d'indépendance, conduit la Cour à examiner de manière effective ce moyen au fond.

Il n'est en effet pas rare qu'après avoir retenu la violation d'un droit matériel découlant de la Convention ou de l'un de ses Protocoles additionnels, la Cour décide de manière délibérée de ne pas entrer en matière sur la violation, pourtant valablement alléguée, de l'interdiction de la discrimination, sans mettre pour autant en œuvre des règles précises de résolution de ce type particulier, mais néanmoins inévitable, de concours²⁵. De fait, lorsqu'elle constate la violation d'une garantie de la Convention, la Cour en vient assez fréquemment à se dispenser d'examiner le litige sous l'angle de l'art. 14 CEDH²⁶.

²³ ACEDH *Affaire linguistique belge* (note 8), p. 33, par. 9; VEGLERIS (note 12), p. 580.

²⁴ ACEDH *Syndicat national de la police belge*, du 27 octobre 1975, Série A n° 19, p. 19, par. 44; *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, Série A n° 31, p. 15, par. 32; *Airey c. Irlande*, du 9 octobre 1979, Série A n° 32, p. 16, par. 30; *Van der Mussele c. Belgique*, du 23 novembre 1983, Série A n° 70, p. 22, par. 43; *Inze c. Autriche*, du 28 octobre 1987, Série A n° 126, p. 17, par. 36; *Thlimmenos c. Grèce*, du 6 avril 2000, par. 40.

²⁵ HAEFLIGER/SCHÜRMAN (note 8), p. 330: «Was das Verhältnis der jeweiligen Prüfung eines Verstosses gegen Art. 14 und der anderen angerufenen Konventionsgarantie betrifft, kann man sagen, dass die Praxis der Strassburger Organe keine festen *Konkurrenzregeln* erkennen lässt. Es kommt vor, dass Kommission und Gerichtshof, haben sie die Verletzung einer anderen Konventionsgarantie festgestellt, auf die Prüfung der Art. 14 betreffenden Rüge verzichten».

²⁶ VILLIGER (note 8), p. 432: «Stellen der Gerichtshof die *Verletzung* einer EMRK-Bestimmung fest, überprüfen sie im allgemeinen nicht mehr, ob Art. 14 EMRK eingehalten worden ist». Voir ACEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni*, du 22 octobre 1981, Série A n° 45, p. 26, par. 67: «Quand la Cour constate une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire

Il s'ensuit que la jurisprudence relative à l'art. 14 CEDH est non seulement peu fournie, mais également que les cas dans lesquels la Cour se penche de manière attentive sur ce moyen topique se réduisent, pour l'essentiel, à des situations dans lesquelles celui-ci s'avère véritablement incontournable²⁷, ou lorsque la violation d'aucune autre garantie conventionnelle n'entre en considération²⁸. En sens inverse, la Cour renonce fréquemment à statuer sur le moyen tiré de la violation de l'art. 14 CEDH, lorsque celle-ci arrive à la conclusion que le droit matériel sur lequel s'appuie cette disposition fait déjà l'objet d'une violation²⁹.

Rarement sans doute, le souci d'économie de procédure aura été poussé si loin, au point de pareillement réduire – ici, le jubilaire emploierait vraisemblablement le terme d'érosion³⁰ – le contenu et la portée d'un droit fondamental³¹.

sous l'angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige».

- ²⁷ Voir par exemple ACEDH *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, du 3 octobre 2000, par. 29: limitation aux seuls enfants légitimes de la capacité de succéder; ACEDH *Mazurek c. France*, du 1^{er} février 2000, par. 54: pénalisation, en droit successoral français, de l'enfant adultérin par rapport à l'enfant naturel, mais légitimé, suite au mariage de ses parents; ACEDH *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, du 21 décembre 1999, par. 36: attribution de l'autorité parentale à la mère de l'enfant décidée exclusivement en fonction de l'orientation sexuelle du père.
- ²⁸ Voir par exemple ACEDH *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV, p. 1129: refus des autorités autrichiennes d'allouer une allocation d'urgence à un chômeur arrivé en fin de droit, au motif que celui-ci ne possédait pas la nationalité autrichienne; ACEDH *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, du 18 juillet 1994, Série A n° 291-B, p. 24: obligation imposée aux hommes uniquement d'effectuer un service de sapeur-pompier ou, le cas échéant, de verser une contribution financière; ACEDH *Schuler-Zraggen c. Suisse*, du 24 juin 1993, Série A n° 263, p. 21, par. 67: refus d'allouer une rente d'invalidité fondé sur l'appartenance sexuelle.
- ²⁹ ACEDH *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, du 23 novembre 2000, par. 103: «Vu son constat de violation concernant le droit des requérants au respect de leurs biens [...], la Cour, à l'instar de la Commission, ne juge pas nécessaire d'examiner l'allégation d'un manquement à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1». Voir également ACEDH *Airey* (note 24), p. 16, par. 30.
- ³⁰ CHARLES-ALBERT MORAND, «L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes», in: *L'égalité entre hommes et femmes. Bilan et perspectives*, Lausanne 1988, p. 73-107.
- ³¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (note 10), p. 486; VAN DIJK/VAN HOOF (note 12), p. 537 et 545; DONNA GOMIEN/DAVID HARRIS/LEO ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg 1997, p. 372: «Malgré sa portée relativement limitée, l'article 14 de la Convention a donné lieu à une jurisprudence à la fois complexe et peu cohérente, dans la mesure où la Cour a examiné sur le fond un nombre assez restreint de griefs faisant état de discriminations».

IV. Tendances récentes de la jurisprudence

Dans ce ciel à vrai dire couvert, certains auteurs croient toutefois discerner l'amorce d'une éclaircie, annonciatrice d'une conception nouvelle du principe conventionnel de l'interdiction de la discrimination. Ces dernières années, la Cour a en effet jugé quelques affaires en retenant l'application de l'art. 14 CEDH, alors même que le lien requis entre cette disposition et le droit matériel censé lui servir de support s'est avéré fort ténu. Une partie de la doctrine croit pouvoir déduire de ces précédents une tendance désormais plus affirmée de l'instance de Strasbourg à mettre en œuvre l'art. 14 CEDH, en rapport avec des droits matériels qui ne sont pas expressément garantis par la Convention, pour conférer dans les faits à cette disposition une portée quasiment indépendante dont elle est dépourvue en droit³².

Dans une cause *Gaygusuz contre Autriche*, la Cour a par exemple statué sur le grief tiré d'une discrimination dans l'octroi d'une allocation à un chômeur, indépendamment – si l'on peut dire – du fait que le lien entre le droit à bénéficier d'une telle allocation et les droits garantis par la CEDH paraît en réalité inexistant³³. Une affaire *Van Raalte contre Pays-Bas* a, dans le même ordre d'idées, vu la Cour entrer en matière sur l'exemption des femmes célibataires sans enfant âgées de quarante-cinq ans ou plus de l'obligation d'acquiescer des cotisations de sécurité sociale, alors que les hommes placés dans une situation identique y étaient, eux, pleinement soumis. Admettant que le litige concernait le droit pour l'Etat d'assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions, les magistrats européens ont finalement appliqué l'art. 14 CEDH combiné avec la protection de la propriété de l'art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 1, sans que le lien requis entre les deux dispositions soit pour autant clairement établi³⁴.

³² SUDRE (note 8), p. 306; voir également, du même auteur, «La «perméabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux», in: *Mélanges JACQUES MOURGEON*, Bruxelles 1998, p. 474; JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «Discrimination positive et droits de l'homme», in: *Mélanges JACQUES MOURGEON*, Bruxelles 1998, p. 416; LAMBERT (note 8), p. 502; SAMUEL-JACQUES PRISO ESSAWE, «Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *RTDH* 1998 (vol. 9), p. 730.

³³ ACEDH *Gaygusuz* (note 28), p. 1129.

³⁴ ACEDH *Van Raalte c. Pays-Bas*, du 21 février 1997, Rec. 1997-I, p. 173.

Ces arrêts donnent à penser que la Cour aurait intégré dans la Convention, via l'art. 14 CEDH, des droits à caractère social n'entrant pas, *a priori*, dans son champ d'application matériel³⁵. Dans une affaire plus récente, la Cour a reconnu que l'art. 14 CEDH était applicable, en relation avec la liberté religieuse de l'art. 9 CEDH, au cas d'un témoin de Jéhovah, qui n'avait pas été nommé à un poste d'expert comptable, en raison d'une condamnation antérieure fondée sur son refus de porter l'uniforme militaire dicté par ses convictions religieuses. Là également, la Cour a accepté d'entrer en matière sur le grief tiré de la violation de l'art. 14 CEDH, sans juger utile de rechercher si la condamnation initiale du requérant et le refus ultérieur des autorités de procéder à sa nomination s'analysaient en une ingérence dans l'exercice de ses droits au titre de l'art. 9 CEDH. Elle a finalement admis la violation de l'art. 14 CEDH combiné avec cette disposition³⁶.

Ces précédents présentent un certain intérêt, en ce qu'ils illustrent la liberté variable que s'attribue la Cour de Strasbourg dans la mise en œuvre de la Convention. Leur existence peut s'expliquer par l'imprécision des termes qu'utilise la Cour pour qualifier l'absence d'indépendance de l'art. 14 CEDH. Selon la formule traditionnellement retenue par les magistrats européens, il suffit en effet que la matière du litige entre dans le champ d'application d'un droit conventionnel, ou à tout le moins qu'elle n'échappe pas entièrement à son empire, pour que le principe d'égalité puisse à son tour entrer en action³⁷. Interprétée de façon extensive, cette formule peut ainsi avoir pour conséquence d'accentuer la portée du principe conventionnel d'égalité. En tout état de cause, les arrêts précités sont cependant insuffisants à doter l'art. 14 CEDH d'une véritable indépendance dont la disposition se trouve privée, en raison même de l'étroitesse de sa rédaction. Dès lors, seule une révision formelle du droit conventionnel est de nature à étendre la portée du principe d'égalité. C'est précisément cette voie qu'a récemment décidé de suivre le Conseil de l'Europe.

³⁵ Voir également ACEDH *Petrovic c. Autriche*, du 27 mars 1998, Rec. 1998-II, p. 579, dans lequel la Cour considère que le refus des autorités autrichiennes de verser une allocation de congé parental au requérant, au motif que ce droit est réservé aux seuls parents de sexe féminin, relève de l'art. 8 CEDH lu en relation avec l'art. 14 CEDH.

³⁶ ACEDH *Thlimmenos* (note 24), par. 40.

³⁷ ACEDH *Van der Musselle* (note 24), p. 22, par. 43. Voir également ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, Série A n° 94, p. 35, par. 71; ACEDH *Inze* (note 24), p. 17, par. 36. Cf. BOSSUYT (note 12), p. 479.

V. Le Protocole additionnel n° 12 à la CEDH

A. Genèse

Conscient des lacunes inhérentes à l'art. 14 CEDH, le Conseil de l'Europe a songé dès les années 1960 aux moyens susceptibles d'instituer des garanties supplémentaires dans le domaine de l'interdiction de la discrimination. La reconnaissance d'un principe général de l'égalité devant la loi a d'abord été évoquée lors de l'adoption du Protocole additionnel n° 4 à la CEDH, sans résultat³⁸. Plus récemment, l'art. 5 du Protocole additionnel n° 7 relatif à l'égalité entre époux dans le domaine du droit civil a été adopté. Ces dernières années, les travaux qui ont été menés dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes d'une part et dans le cadre de la lutte contre le racisme et l'intolérance d'autre part ont donné une nouvelle impulsion au souhait de renforcer l'interdiction de la discrimination sur le plan européen. Cette question a été examinée en particulier par le Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes, par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance et par le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

Les possibilités d'extension de la protection offerte par l'art. 14 CEDH par voie jurisprudentielle ayant été d'emblée considérées comme limitées, principalement en raison de l'absence d'indépendance qui affecte la disposition, c'est en définitive la voie d'un protocole *additionnel* à la Convention – par opposition à un protocole d'*amendement*, modifiant l'art. 14 CEDH lui-même –, destiné à consacrer un principe général d'interdiction de la discrimination, qui a été suivie. En vertu de l'universalité des droits de l'homme, il a également été convenu que cet instrument ne devrait pas limiter sa portée à une approche sectorielle, exclusivement consacrée à l'égalité entre les sexes ou à la lutte contre le racisme et l'intolérance³⁹. C'est ainsi qu'a été décidée l'adoption d'une clause générale contre la discrimination, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion ou l'origine ethnique ou

³⁸ BLAISE-FRANÇOIS JUNOD, *La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Neuchâtel 1968, p. 110. Voir également BOSSUYT (note 12), p. 478 et les références citées.

³⁹ Voir le Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la CEDH, Strasbourg 2000, p. 4, par. 9: «Le Comité directeur pour les droits de l'homme était d'avis qu'un protocole additionnel à la CEDH était opportun et faisable, tant comme solution d'ordre normatif quant à l'égalité entre les femmes et les hommes que comme instrument juridique contre le racisme et l'intolérance».

nationale. Au mois de mars 1998, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a confié au Comité directeur pour les droits de l'homme le mandat de rédiger un Protocole additionnel à la CEDH «élargissant d'une façon générale le champ d'application de son article 14 et contenant une liste non exhaustive de motifs de discrimination»⁴⁰.

En 1998 et 1999, le Comité directeur pour les droits de l'homme et son comité d'experts ont élaboré le projet de Protocole et le rapport explicatif qui l'accompagne, avec la participation du Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes, et de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance. A l'issue d'une consultation de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'Assemblée parlementaire et d'autres instances du Conseil de l'Europe, le Comité directeur a parachevé le texte du projet de Protocole au mois de mars 2000, avant de transmettre celui-ci au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Le Comité des Ministres a adopté le texte du Protocole n° 12 le 26 juin 2000. L'instrument a été ouvert à la signature des Etats le 4 novembre 2000 à Rome, dans le cadre des festivités qui ont entouré la célébration du cinquantième anniversaire de la CEDH.

B. Teneur

1. Les mesures positives

Le Protocole n° 12 se compose d'un Préambule et de six dispositions. Le Préambule contient d'utiles informations quant à la signification et la portée du Protocole. Il relève en particulier la volonté de promouvoir «l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination». Il ajoute que cette nouvelle garantie «n'empêche pas les Etats parties de pren-

⁴⁰ Rapport explicatif (note 39), p. 4, par. 10. Il faut relever que l'extension du principe d'égalité de traitement au plan européen, pour concerner certes prioritairement l'art. 14 CEDH, s'applique également à la garantie de l'égalité entre époux au sens de l'art. 5 du Protocole n° 7. De fait, les discriminations qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette dernière disposition pourraient être appréhendées par le Protocole n° 12. Il en va ainsi des discriminations qui affectent des droits autres que les «droits de caractère civil» qu'énonce, de manière étroite, l'art. 5 du Protocole n° 7; voir par exemple req. n° 32700/96, *Purtonen* (note 5), p. 97; req. n° 25053/94, *Klöpffer* (note 5), p. 103.

dre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable», comme le prévoient déjà certains instruments internationaux de rang régional ou même universel⁴¹. Le Rapport explicatif souligne à ce propos que le fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisés, ou l'existence de certaines inégalités de fait peut constituer une justification à l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, dans le respect toutefois du principe de la proportionnalité. Le Protocole n° 12 n'institue cependant aucune obligation d'imposer de telles mesures, au motif que le caractère programmatoire inhérent à une telle obligation «s'accommoderait mal du caractère global de la Convention et de son système de contrôle, qui sont fondés sur une garantie collective des droits individuels énoncés en des termes suffisamment spécifiques pour être directement applicables»⁴².

Quand bien même cet élément ne découle que du Préambule du Protocole n° 12, il n'en présente pas moins un caractère fondamental, qui pourrait s'avérer déterminant dans l'orientation de la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité de traitement. La conception classique des droits fondamentaux telle qu'elle résulte de la jurisprudence européenne repose en effet sur une fonction traditionnellement limitée, négative et purement défensive des droits de la personne humaine. Une conception dite positive ne résulte pour l'heure que de cas isolés, sans qu'une véritable doctrine ait encore été adoptée à ce sujet⁴³. Or, le Préambule du Protocole n° 12 n'exclut nullement l'adoption de mesures positives en vue de lutter contre certaines formes d'inégalité, alors même que la question s'avère pour le moins sujette à caution au regard du droit européen, si l'on en juge du moins par l'approche fort discrète que la

⁴¹ Voir à cet égard les art. 1^{er} par. 4 et 2 par. 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965, en vigueur en Suisse depuis le 29 décembre 1994 (RS 0.104); l'art. 4 par. 1^{er} de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979, en vigueur en Suisse depuis le 26 avril 1997 (RS 0.108), ou encore l'art. 4 par. 2 et 3 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, du 1^{er} février 1995, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} février 1999 (FF 1999 II 948).

⁴² Rapport explicatif (note 39), p. 5, par. 16.

⁴³ VILLIGER (note 8), p. 110; GIORGIO MALINVERNI, «Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme», in: *Mélanges DIETRICH SCHINDLER*, Bâle 1989, p. 540 et 548; sur la question de la compatibilité des mesures positives au regard d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, voir l'arrêt *G. und Mitbeteiligte*, ATF 123 I 158 et les références citées.

doctrine et la jurisprudence lui ont jusqu'à présent réservée⁴⁴. De surcroît, tout en reconnaissant certes que le Protocole n° 12 ne vise pas à imposer aux Etats parties une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter tout cas de discrimination dans les relations entre particuliers ou pour y remédier, le Rapport explicatif relève simultanément que la responsabilité d'«assurer» l'égalité telle qu'elle figure au premier paragraphe de l'art. 1^{er} de cet instrument peut entraîner des obligations de ce genre, lorsqu'il existe par exemple une lacune manifeste dans la protection contre la discrimination qu'offre le droit national. Le cas échéant, l'absence de protection contre la discrimination dans les relations entre les particuliers peut s'avérer tellement nette et grave qu'elle serait de nature à entraîner la responsabilité de l'Etat sous l'angle du Protocole n° 12⁴⁵. C'est ouvrir la voie tant à la reconnaissance d'obligations positives à la charge des Etats parties qu'à une éventuelle application directe de l'interdiction de la discrimination dans les rapports entre particuliers.

2. L'interdiction générale de la discrimination

La première des six dispositions du Protocole n° 12 proclame, conformément à son titre, l'interdiction générale de la discrimination. Elle étend ce faisant la portée de l'art. 14 CEDH à l'égalité face à la loi, et non plus devant la CEDH seulement. Les cinq autres dispositions règlent, de manière classique, les modalités entourant la ratification et l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, son application territoriale ainsi que les relations qu'il entretient avec la Convention elle-même.

L'art. 1^{er} du Protocole n° 12 se compose de deux paragraphes⁴⁶. Le premier paragraphe reprend le texte de l'art. 14 CEDH, en lui apportant deux

⁴⁴ VILLIGER (note 8), p. 431; FLAUSS (note 32), p. 418; ACEDH *James et autres c. Royaume-Uni*, du 21 février 1986, Série A n° 98-B, p. 33, par. 47, dans lequel la Cour précise que l'élimination des injustices sociales «figure parmi les tâches d'un législateur démocratique».

⁴⁵ Rapport explicatif (note 39), p. 7, par. 25 et 26.

⁴⁶ L'art. 1^{er} du Protocole n° 12 se distingue sur ce point de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a été adoptée en décembre 2000 lors du Sommet de Nice. Ce document comprend en effet un chapitre entier, regroupant sept dispositions (art. 20 à 26), qui sont consacrées à l'égalité; sur la question, voir PATRICK WACHSMANN, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les droits civils et politiques», *RUDH* 2000 (vol. 12), p. 19.

modifications: il affirme, d'une part, l'égalité devant la loi en général et il remplace, d'autre part, le terme «distinction», moins précis, employé par la version française de l'art. 14 CEDH, par celui de «discrimination»⁴⁷. La disposition se lit de la manière suivante:

«La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

Le second paragraphe de l'art. 1^{er} du Protocole n° 12 précise quant à lui que «nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1». Cette disposition se définit et doit se comprendre dans une perspective complémentaire par rapport à l'art. 1^{er} par. 1^{er}⁴⁸.

3. Les chefs de discrimination

La liste des chefs de discrimination de l'art. 1^{er} par. 1^{er} du Protocole n° 12 est identique à celle de l'art. 14 CEDH. Le Rapport explicatif justifie cette solution, au motif que celle-ci a été jugée préférable à celle consistant par exemple à inclure expressément certains motifs supplémentaires, comme le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge. Pareille inclusion a été considérée comme inutile d'un point de vue juridique, dès lors que la liste des causes de discrimination ne présente pas, tout comme l'art. 14 CEDH d'ailleurs⁴⁹, un caractère

⁴⁷ Contrairement au texte français, la version anglaise de l'art. 14 CEDH emploie explicitement le terme «discrimination». Selon la jurisprudence de la Cour, toutes les distinctions ou différences de traitement n'équivalent pas à une discrimination. Une distinction n'est réputée discriminatoire que si elle est dépourvue de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Sur la question, voir ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (note 37), p. 35, par. 72; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (note 10), p. 463; VAN DIJK/VAN HOOF (note 12), p. 547.

⁴⁸ Rapport explicatif (note 39), p. 6 et 7, par. 23 et 29.

⁴⁹ ACEDH *Salgueiro Da Silva Mouta* (note 27), p. 8, par. 28; *Marckx* (note 24), p. 15, par. 32; *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, Série A n° 22, p. 30, par. 72. Voir également SUDRE (note 8), p. 301; HAEFLIGER/SCHÜRMAN (note 8), p. 323; BOSSUYT (note 12), p. 477; LAMBERT (note 8), p. 502; VAN DIJK/VAN HOOF (note 12), p. 547; MALINVERNI (note 14), p. 12.

exhaustif et que, pour le surplus, l'art. 1^{er} du Protocole n° 12 proscrit de manière explicite toute discrimination⁵⁰.

4. Les cas d'application

La protection additionnelle qu'octroie l'art. 1^{er} du Protocole n° 12 par rapport à l'art. 14 CEDH concerne quatre hypothèses distinctes.

Il y a en premier lieu la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national. Il y a ensuite la jouissance de tout droit résultant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, par quoi il faut entendre les situations dans lesquelles les autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière. La troisième hypothèse concerne l'exercice, par les autorités, d'un pouvoir discrétionnaire, comme l'octroi de certaines subventions. Il y a enfin une catégorie résiduelle, qui regroupe les autres cas ou omissions de la part des pouvoirs publics. Le Rapport explicatif évoque à ce propos le comportement des autorités responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute⁵¹.

5. L'étendue du contrôle

Il n'est pas certain que les différentes hypothèses qui ont été évoquées ci-dessus conduisent les autorités nationales, puis la Cour, à sanctionner avec la même intensité le principe général d'égalité tel qu'aménagé par l'art. 1^{er} du Protocole n° 12.

Dans sa jurisprudence, la Cour a en particulier reconnu de longue date que les autorités nationales sont au bénéfice d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure des différences à d'autres égards analogues peuvent justifier des distinctions de traitement sur le plan juridique. Cette marge peut en outre varier en fonction des circonstances, des domaines considérés et du contexte propre au cas d'espèce,

⁵⁰ Rapport explicatif (note 39), p. 6, par. 20, qui rappelle opportunément que la Cour a déjà appliqué l'art. 14 CEDH dans le cas de motifs de discrimination qui ne sont nullement mentionnés par cette disposition.

⁵¹ Rapport explicatif (note 39), p. 6, par. 22.

la présence ou l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats parties pouvant constituer un facteur pertinent à cet égard⁵².

C'est donc peu dire que le chemin conduisant la Cour à admettre une violation du principe d'égalité de traitement s'avère sinueux⁵³. Il ne paraît dès lors pas acquis que la Cour se montre disposée à admettre aisément l'existence de discriminations lorsque les pouvoirs publics se voient par exemple reconnaître un pouvoir discrétionnaire qui peut s'avérer étendu, comme dans le cas de l'octroi de subventions. Pour le surplus, les critères traditionnels dégagés sur la base de l'art. 14 CEDH, selon lesquels une différence de traitement ne constitue une discrimination que si elle est dépourvue de justification objective et raisonnable, ou s'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, demeurent applicables⁵⁴.

Outre l'extension du champ d'application de l'interdiction conventionnelle de discrimination, l'innovation majeure du Protocole n° 12 consiste dans la faculté reconnue au justiciable de provoquer, sur le plan aussi bien interne qu'international, un contrôle de la conventionnalité de pans entiers du droit interne, qui n'étaient jusqu'alors nullement couverts par l'art. 14 CEDH⁵⁵. S'agissant précisément du contrôle opéré sous l'angle de l'art. 1^{er} du Protocole n° 12, le Rapport explicatif souligne que le terme «loi» auquel cette disposition fait référence peut également englober le droit international, non sans ajouter d'une manière pour le moins ambiguë que «cela ne signifie pas que cette disposition confère à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence d'examiner le respect des règles de droit contenues dans d'autres instruments internationaux»⁵⁶.

⁵² ACEDH *Petrovic* (note 35), p. 587, par. 38; *Rasmussen c. Danemark*, du 28 novembre 1984, Série A n° 87, p. 15, par. 40.

⁵³ LAMBERT (note 8), p. 504.

⁵⁴ Voir VILLIGER (note 8), p. 434 et les références citées. Cf. req. n° 8042/77, *Hagmann-Hüsler c. Suisse*, décision du 15 décembre 1977, DR 12, p. 204; req. n° 8166/78, *X. et Y. c. Suisse*, décision du 3 octobre 1978, DR 13, p. 247; req. n° 8500/79, *X. c. Suisse*, décision du 14 décembre 1979, DR 18, p. 243.

⁵⁵ Pour un exemple, voir l'arrêt *M.*, ATF 118 Ia 353; plus généralement, sur la problématique du contrôle de la conformité des lois fédérales à la CEDH exercé par le Tribunal fédéral, cf. ATF 126 I 6 B.; 125 II 417 A.; 122 III 414 B. M.; 120 V 4 B.; 117 Ib 369 *Eidgenössische Steuerverwaltung*. Voir également les doutes exprimés par PARTSCH (note 11), p. 592, à propos des conséquences qu'une éventuelle extension du champ d'application de l'art. 14 CEDH pourrait entraîner sous l'angle des pouvoirs exercés par la Cour.

⁵⁶ Rapport explicatif (note 39), p. 8, par. 29.

C. Ratification et entrée en vigueur

A teneur de son art. 5, le Protocole n° 12 est destiné à entrer en vigueur le premier jour du mois qui suivra l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle dix Etats membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés. Les Etats qui ratifieront cet instrument ultérieurement verront celui-ci leur être applicable trois mois après la date du dépôt de leur instrument de ratification.

Ouvert à la signature le 4 novembre 2000, le Protocole n° 12 n'est ainsi destiné à déployer ses effets qu'après avoir été effectivement ratifié par un quart environ des Etats parties à la CEDH. Il n'est guère douteux que, pour une partie considérable d'entre eux, une ratification n'interviendra qu'à l'issue d'un examen approfondi des conséquences que pourrait exercer, sur leur ordre juridique, la mise en œuvre d'une garantie conventionnelle d'égalité de traitement désormais dotée d'indépendance.

VI. Le Protocole n° 12 et la Suisse

En ce qui concerne précisément la Suisse, il y a fort à parier qu'une éventuelle ratification du Protocole no 12 n'interviendra pas de manière précipitée. Deux raisons permettent à tout le moins de le supposer.

Il faut en premier lieu rappeler que notre pays n'a pas fait montre d'un empressement particulier à s'engager sur le terrain du droit européen des droits de l'homme, que ce soit dans le cadre de la ratification de la CEDH ou de ses divers Protocoles additionnels. Le fait que la Suisse ait été l'un des derniers Etats d'Europe occidentale à ratifier, près d'un quart de siècle après son élaboration, la Convention elle-même⁵⁷ et qu'elle demeure aujourd'hui encore, avec une constance qui en dit long, l'un des derniers Etats à n'avoir toujours pas ratifié les Protocoles additionnels nos 1 et 4⁵⁸, illustre avec éloquence l'extrême circonspection dont font preuve nos autorités. Et, en second

⁵⁷ Le *Manuel du Conseil de l'Europe*, Paris 1970, p. 334, rappelle que la Suisse a été à l'époque, avec la France, le dernier Etat membre du Conseil de l'Europe à ratifier la CEDH.

⁵⁸ FF 2000 1087. Sur la question, voir HANSPETER MOCK, «Aperçu de la politique suisse des droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle», in: *Mélanges PIERRE LAMBERT*, Bruxelles 2000, p. 608; HAEFLIGER/SCHÜRMAN (note 8), p. 350.

lieu, de la circonspection, il y en aura certainement à revendre lorsque la question d'une éventuelle ratification du Protocole n° 12 viendra à se poser. Celle-ci n'interviendra assurément pas avant qu'aient été soigneusement évaluées, analysées et jaugées, sur le terrain aussi bien fédéral que cantonal et, plus largement, dans l'ensemble des partis politiques et des milieux intéressés au sens de l'art. 147 Cst., les conséquences qu'induirait l'application de cet instrument en Suisse. Une ratification ira d'ailleurs probablement de pair avec la formulation de réserves, ainsi que le permet le renvoi opéré par l'art. 3 du Protocole n° 12.

Il suffit à cet égard de se référer, à titre de comparaison, aux travaux qui ont conduit à l'approbation par l'Assemblée fédérale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966⁵⁹. L'art. 26 de cet instrument contient en effet une disposition qui, pour traduire le principe correspondant énoncé en 1948 déjà par la Déclaration universelle des droits de l'homme, garantit l'égalité de traitement d'une manière générale, sans limiter son empire aux seules normes du Pacte. Cette disposition est de surcroît interprétée par le Comité des droits de l'homme comme déployant une portée indépendante⁶⁰.

Lors de la ratification du Pacte, le Conseil fédéral a précisément formulé une réserve déniaut à l'art. 26 la portée indépendante qui pourtant lui confère son originalité, pour confiner son envergure aux seuls droits et libertés qu'énonce cet instrument, réduisant de ce fait la portée de cette disposition et l'assimilant au principe de non-discrimination déjà prévu par l'art. 2 par. 1^{er} du même Pacte. Dans le cadre de la procédure d'approbation qui s'est déroulée devant l'Assemblée fédérale, l'adoption de cette réserve a été motivée par le souci de préserver les actes législatifs de rang fédéral qui contenaient des inégalités de traitement et dont la constitutionnalité ne pouvait pas être contrôlée par le Tribunal fédéral⁶¹, en particulier dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes⁶². Suivant ce raisonnement à la lettre, le Tribunal fédéral considère ainsi, sans trop se poser de questions, que l'art. 26 du Pacte

⁵⁹ RS 0.103.2.

⁶⁰ Comité des droits de l'homme, communication n° 182/1984 du 9 avril 1987, *Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, par. 12.3. Voir également l'Observation générale n° 18(37) du Comité des droits de l'homme, du 9 novembre 1989; SUDRE (note 8), p. 307 et les références citées.

⁶¹ FF 1991 I 1138 et 1140.

⁶² FF 1986 II 1132.

international relatif aux droits civils et politiques ne déploie pas, au sein de l'ordre juridique suisse, une portée supérieure à l'art. 14 CEDH⁶³, alors même que la validité de la réserve qui a pour effet de priver la disposition onusienne de toute effectivité s'avère pour le moins sujette à caution⁶⁴.

Il va sans dire que la formulation d'une réserve comparable à l'art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 12 à la CEDH, pour s'avérer incompatible avec l'objet et le but de cet instrument au sens de l'art. 19 lit. c de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁵, ne saurait être envisagée. Les problèmes juridiques que pourrait poser la mise en œuvre de ce Protocole au sein de l'ordre juridique suisse demeurent donc entiers et devront immanquablement donner lieu à un examen attentif.

La réalisation du principe conventionnel de l'interdiction générale de la discrimination représente ainsi une entreprise – pour ne pas dire une odyssee – ambitieuse qui, pour témoigner avec éloquence de l'évolution subie par le droit européen des droits de l'homme, a assurément encore de beaux jours devant elle. Dans l'intervalle, l'art. 14 CEDH n'a certainement pas fini de déployer le peu d'effets qui sont les siens...

⁶³ ATF 123 II 479 H. Voir également ATF 121 V 233 B.; 121 V 250 T.

⁶⁴ Voir GIORGIO MALINVERNI, «Les réserves de la Suisse », in: KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Bâle 1997, p. 100. Voir également les Observations finales du Comité des droits de l'homme, du 7 novembre 1996, à propos du Rapport présenté par la Suisse en application de l'art. 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, p. 6, par. 21, par lesquelles le Comité suggère notamment que les autorités suisses «considèrent sérieusement le retrait de la réserve faite par la Suisse à l'article 26 du Pacte, de manière à ce que cet article soit appliqué dans l'esprit du Pacte comme un droit autonome qui accorde la garantie de la non-discrimination à tous les domaines réglementés et protégés par les pouvoirs publics».

⁶⁵ RS 0.111.

LE DROIT COMMUNAUTAIRE DEVANT LA COUR DE STRASBOURG

GIORGIO MALINVERNI

Professeur à l'Université de Genève

Tout au long de sa riche carrière académique, CHARLES-ALBERT MORAND a enseigné plusieurs disciplines, au nombre desquelles figure, en bonne place, le droit communautaire, branche dans laquelle il a d'ailleurs rédigé sa thèse de doctorat¹. C'est avec le souvenir encore très présent des discussions animées que nous avons eues ensemble, dans son bureau – ou dans le mien –, sur la problématique du respect des droits fondamentaux dans le cadre communautaire et sur celle, toujours d'actualité, de l'éventuelle adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme qu'ont été rédigées, en témoignage d'amitié, ces quelques réflexions, basées sur la jurisprudence la plus récente de la Cour de Strasbourg en la matière.

Introduction

L'accroissement des compétences de la Communauté et de l'Union européennes, qui va de pair avec une extension de leurs pouvoirs, ne peut manquer d'exercer une incidence toujours plus marquée des activités communautaires dans des domaines protégés par les droits fondamentaux.

Ce phénomène a d'ailleurs été relevé par les organes communautaires eux-mêmes. Ainsi, dans une résolution du 18 janvier 1994, le Parlement européen relevait-il que «l'élargissement des compétences de la Communauté, tel que prévu par le traité sur l'Union européenne, aura pour conséquence une ingérence plus grande dans la sphère des droits fondamentaux des individus à

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, *La législation dans les Communautés européennes*, Paris 1968.

travers le droit communautaire et les actions de la Communauté et les normes qui en découlent et, dès lors, porte un risque accru d'infraction aux droits et libertés fondamentaux».

Nul doute en effet que, au fur et à mesure que l'ordre juridique communautaire évolue vers une intégration toujours plus poussée et que, dans l'architecture européenne, les compétences de l'Union s'étendent du domaine économique à ceux de la politique étrangère, de la sécurité et de la justice, il devient essentiel que les actes communautaires respectent les droits fondamentaux². Il importe en particulier d'éviter que le transfert de compétences aux organes communautaires ait pour effet de les soustraire à l'emprise de ces droits.

On sait que la dynamique de la protection des droits fondamentaux au sein de la Communauté a été initiée de longue date par la Cour de Justice. Dès 1970, celle-ci a construit, par sa propre jurisprudence, un mécanisme visant à assurer le respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire³. Depuis l'arrêt *Nold*⁴, elle considère la Convention européenne des droits de l'homme comme une source d'inspiration privilégiée pour la détermination des droits fondamentaux à protéger dans l'ordre communautaire. Les art. F par. 2 du Traité de Maastricht, puis 6 par. 2 du Traité d'Amsterdam sont venus en quelque sorte codifier cette jurisprudence.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se situe dans le prolongement de cette logique et elle est illustrative de l'importance croissante prise par la problématique des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Si elle devait un jour acquérir force contraignante, les citoyens de l'Union bénéficieraient d'un véritable catalogue de droits fonda-

² Voir, parmi d'autres, ANTONIO BULTRINI, «Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Comunicazioni e studi*, Milan 1997, p. 281; MARC FISCHBACH, «Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *RUDH*, 2000, p. 7; CHRISTOS ROZAKIS, «La position des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard des actes de l'ordre juridique communautaire», in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen: l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Baden-Baden 1993, p. 281.

³ Pour une étude récente, voir JOËL RIDEAU, «Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1997, tome 265.

⁴ CJCE, affaire 4/73 du 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, Rec. p. I-491.

mentaux applicable aux institutions de l'Union et aux Etats lorsqu'ils assurent l'exécution du droit communautaire.

Pareille évolution laisse cependant intact le problème du contrôle externe de l'activité communautaire. On sait en effet que la question de l'adhésion de la Communauté et de l'Union européennes à la Convention européenne se trouve au point mort. Elle a été écartée par la Cour de Luxembourg sur la base de l'état actuel du droit communautaire. Dans son avis du 28 mars 1996⁵, celle-ci a en effet affirmé que si la Communauté est tenue de respecter les droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit, aucune disposition du Traité ne confère aux institutions communautaires le pouvoir général d'édicter des normes en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine. Pour la Haute juridiction, l'ancien art. 235 (actuel art. 308) du Traité ne saurait constituer une base juridique pour l'adhésion. Les juges de Luxembourg conclurent dans leur avis qu'«en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme». Ceux-ci ont donc tranché en faveur d'une «autonomisation»⁶ du système communautaire de protection des droits fondamentaux par rapport à celui de Strasbourg.

On sait par ailleurs que certains Etats sont opposés à toute idée d'adhésion. En effet, puisque, selon la Cour de Justice des Communautés européennes, l'adhésion de la Communauté à la CEDH requerrait une modification du Traité, le Traité d'Amsterdam leur en aurait fourni l'occasion. Ils ne l'ont cependant pas saisie.

Face à cette situation, désabusés, les requérants ont eu recours à un artifice: à défaut de pouvoir déposer leur requête contre la Communauté, leur choix s'est porté sur les Etats membres⁷. Il existe en effet d'ores et déjà un nombre appréciable de requêtes individuelles introduites contre les Etats membres pris individuellement ou contre les quinze Etats pris collectivement.

⁵ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Rec. p. I-6079, reproduit in: *RUDH*, 1996, p. 167.

⁶ GISELLA GORI/FABIENNE KAUFF-GAZIN, «L'arrêt *Matthews*: une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire?», *Europe*, Editions du Jurisclasseur, janvier 2000, p. 5.

⁷ FRANÇOISE TULKENS, «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 2000, p. 56.

Si, au début, les organes de Strasbourg ont rejeté comme irrecevable *ratione personae* tout recours dirigé contre la Communauté en tant que telle, puisque celle-ci n'est pas partie à la Convention⁸, ils ont progressivement élargi l'éventail des actes susceptibles d'être contrôlés. La jurisprudence récente de la Cour conduit en effet à tenir les Etats pour responsables des violations des droits de l'homme par le droit communautaire. Ce dernier n'échappe donc plus au contrôle des juges de Strasbourg.

I. L'extension de la compétence de la Cour de Strasbourg en matière de droit communautaire

L'extension de la compétence de la Cour s'est effectuée progressivement, et en fonction de la nature juridique de l'acte se trouvant à l'origine de la violation alléguée. Les juges de Strasbourg ont d'abord accepté d'entrer en matière sur des requêtes dirigées contre des actes étatiques d'application du droit communautaire, puis sur celles qui visaient le droit communautaire lui-même.

A. *Les actes internes d'application du droit communautaire*

Tout en rejetant tout recours dirigé contre la Communauté en tant que telle, les organes de Strasbourg ont d'abord accepté de revoir la conventionnalité des actes étatiques internes pris en application du droit communautaire. La justification du contrôle de tels actes repose sur leur assimilation à des actes étatiques. C'est en réalité l'Etat envisagé comme «courroie de transmission»⁹ qui est l'objet du contrôle et, le cas échéant, d'une condamnation. Il n'en demeure pas moins que, à travers l'acte étatique de mise en œuvre du droit communautaire, c'est bel et bien ce dernier qui peut être l'objet ultime du contrôle. Il convient en effet de distinguer ici selon que le droit communautaire laisse ou ne laisse pas aux Etats une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre des normes communautaires.

⁸ Req. n° 8030/77, *CFDT c. Communautés européennes*, décision du 10 juillet 1978, DR 13, p. 231.

⁹ GORI/KAUFF-GAZIN (note 6), p. 3.

1. Les actes adoptés avec une marge d'appréciation

Il arrive souvent qu'un acte communautaire laisse aux Etats chargés de l'appliquer une marge d'appréciation relativement ample sur les modalités de sa mise en œuvre en droit interne. Dans ces cas, il convient d'admettre la responsabilité des Etats au titre de la Convention européenne lorsque la prétendue violation a sa source dans les mesures internes d'exécution. Lorsqu'un Etat a la possibilité d'opérer des choix et que, ce faisant, il viole la Convention, il doit en répondre, dès lors que l'éventuelle violation provient exclusivement de son comportement¹⁰.

La jurisprudence admet ainsi que les Etats membres puissent être tenus pour responsables devant les organes de Strasbourg de la manière dont ils ont mis en œuvre des dispositions communautaires dans les cas où ils disposent d'une marge d'appréciation, par exemple lorsqu'ils mettent en œuvre une directive. La Commission n'a par exemple pas hésité à vérifier si un règlement luxembourgeois sur les quotas laitiers ne portait pas atteinte au droit de propriété garanti à l'art. 1 du Protocole additionnel n° 1 à la CEDH¹¹.

Dans le même ordre d'idées, la Commission s'est également penchée sur la question de savoir si le refus, par une juridiction nationale, de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable au sens de l'art. 6 CEDH. La Commission a affirmé que, bien que l'on ne puisse pas déduire de la Convention un droit absolu au renvoi préjudiciel, «il n'est pas exclu d'emblée que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance puisse porter atteinte au principe

¹⁰ BENEDETTO CONFORTI, «Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali», *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 428; TULKENS (note 7), p. 51; ANTONIO BULTRINI, «L'interaction entre le système de la Convention européenne des droits de l'homme et le système communautaire», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 1998, p. 494.

¹¹ Req. n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg*, décision du 1^{er} juillet 1993, DR 75, p. 5. Cour eur. D.H., arrêt *Procola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995, Série A, vol. 326. Sur cette affaire, voir GÉRARD COHEN-JONATHAN, «La Commission européenne des droits de l'homme et le droit communautaire; quelques précédents significatifs», *Europe*, 1994, p. 3. Voir également Cour eur. D.H., arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, Série A, vol. 288.

de l'équité de la procédure ... en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire»¹².

2. Les actes adoptés sans marge d'appréciation

Si, dans l'application du droit communautaire, les Etats ne disposent d'aucune marge d'appréciation, ce sera alors, à travers l'acte national d'application, la norme communautaire elle-même qui sera appréciée au regard de la Convention. Les organes de la Convention n'ont cependant pas hésité à entrer en matière sur de telles requêtes.

Dans l'affaire *M. et Co. c. République fédérale d'Allemagne*¹³, il s'agissait d'une procédure concernant une infraction aux règles de la concurrence qui avait été portée devant la Cour de Justice des Communautés européennes et que celle-ci avait tranchée le 7 juin 1983. *M. et Co.*, la société condamnée, avait tenté d'obtenir de la Cour constitutionnelle allemande une injonction interdisant au Ministère de la Justice de faire exécuter le jugement au motif qu'elle n'aurait pas bénéficié d'un procès équitable au sens de l'art. 6 CEDH. La Cour constitutionnelle rejeta cependant le recours, en affirmant que la Cour de Luxembourg garantissait de manière adéquate le droit à un procès équitable et qu'il n'existait aucune obligation pour les autorités allemandes de vérifier la conformité de son jugement avant de le mettre à exécution¹⁴.

C'est alors que *M. et Co.* saisit la Commission européenne des droits de l'homme pour violation de l'art. 6 CEDH.

La Commission estima que la requête n'était pas irrecevable *ratione personae*, les Etats parties à la Convention européenne étant responsables de la mise en œuvre d'actes communautaires. Selon elle, la conclusion, par les Etats, des traités communautaires n'a pas pu avoir pour effet de les libérer

¹² Req. n° 20631/92, *Divagsa c. Espagne*, décision du 12 mai 1993, DR 74, p. 274, 277; voir également req. n° 15669/89, *F.S. et N.S. c. France*, décision du 28 juin 1993, DR 75, p. 39; voir, sur ces affaires, COHEN-JONATHAN (note 11).

¹³ Req. n° 13258/87, *M. et Co. C. République fédérale d'Allemagne*, décision du 9 février 1990, DR 64, p. 138.

¹⁴ Sur l'exécution par un Etat des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes en rapport avec le droit à l'exécution des décisions de justice protégé par l'art. 6 CEDH, voir également Cour eur. D.H. arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, Rec. 1997, p. 495.

des obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de la Convention européenne.

Après cette affirmation de principe, la Commission s'inspira toutefois du raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt *Solange II*¹⁵. Elle rejeta la requête au motif que le droit communautaire offrait une «protection équivalente».

La jurisprudence *M. et Co.* a été ensuite reprise par la Cour. Dans l'affaire *Cantoni c. France*¹⁶, celle-ci devait examiner si un article du code français de la santé publique était contraire à l'art. 7 CEDH, pour défaut de précision. Le problème, nouveau pour la Cour, consistait dans le fait que l'article en question reproduisait mot pour mot une directive communautaire. Le Gouvernement français en tirait argument pour contester la compétence de la Cour, au motif que le comportement incriminé trouvait son origine dans une obligation qui lui était imposée par le droit communautaire. Censurer la disposition nationale – affirmait-il en substance – reviendrait à censurer la directive.

La Cour a cependant écarté cette «exception communautaire»¹⁷: «La circonstance [...] que l'art. L. 511 du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 ne le soustrait pas à l'empire de l'art. 7 de la Convention»¹⁸.

Dans cette affaire, la Cour a donc contrôlé la conventionnalité d'un acte interne d'exécution du droit communautaire et admis qu'il puisse y avoir conflit entre une norme d'origine communautaire et la Convention. Elle a ainsi implicitement affirmé la suprématie de la Convention sur les actes communautaires en cas de conflit entre les deux ordres juridiques. En effet, si la

¹⁵ Arrêt *Solange II* du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, p. 339, EuGRZ, 1987, p. 10. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle allemande avait affirmé ne plus vouloir exercer sa compétence sur le droit communautaire dérivé aussi longtemps que les Communautés garantiront une protection efficace des droits fondamentaux, qui puisse être considérée d'un niveau équivalent à celui qu'assure la Constitution.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, Rec. 1996, p. 1614. Sur cette affaire, voir JOËL RIDEAU/JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, «Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux: atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme?», *Justices*, 1997, p. 95.

¹⁷ TULKENS (note 7), p. 54.

¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni* (note 16), par. 30.

Cour avait constaté une incompatibilité entre l'art. L. 511 du code français et l'art. 7 CEDH, elle aurait indirectement censuré la directive communautaire. L'attitude de la Cour a donc été claire sur le principe de la primauté de la Convention.

B. Les actes communautaires

Les hypothèses examinées jusqu'ici se réfèrent à des requêtes dirigées contre des mesures nationales d'application du droit communautaire. Même si, lorsque les Etats ne disposent pas de marge d'appréciation, la contestation de la mesure nationale équivaut en fait à remettre en cause la conventionnalité de l'acte communautaire lui-même, il n'en demeure pas moins que les actes étatiques «font écran devant le droit communautaire»¹⁹.

Il reste à examiner si une requête est recevable contre un acte d'une institution communautaire elle-même. Il convient à cet égard de distinguer entre le droit communautaire originaire et le droit communautaire dérivé. En effet, comme on le sait, le droit communautaire est composé d'abord d'accords internationaux, qui en forment le fondement constitutionnel (droit primaire), puis d'actes unilatéraux adoptés par les organes communautaires sur la base des traités qui les ont institués, et dont le caractère contraignant à l'égard des Etats membres n'est pas subordonné à leur consentement (droit dérivé)²⁰.

La distinction entre droit primaire et droit dérivé revêt une pertinence incontestable aux fins d'établir l'imputabilité des éventuelles violations de la Convention contenues dans des actes communautaires. On peut en effet prétendre que, puisqu'ils y ont expressément souscrit, les Etats membres peuvent être tenus pour responsables des éventuelles incompatibilités avec la Convention des dispositions contenues dans les traités institutifs²¹. Les violations résultant d'actes unilatéraux des organes communautaires ne pourraient

¹⁹ GORI/KAUFF-GAZIN (note 6), p. 5.

²⁰ Voir MORAND (note 1), *passim*.

²¹ AYMERIC POTTEAU, «L'art. 3 du premier Protocole additionnel à la Convention et l'obligation des Etats membres de l'Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections du Parlement européen», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 876.

en revanche pas être imputées aux Etats parties puisque ces derniers n'y ont pas expressément souscrit et que les questions qui y sont abordées ne relèvent plus de leurs compétences, mais de celles de la Communauté²².

1. Le droit primaire

L'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999²³ consacre pour la première fois le principe de l'engagement de la responsabilité des Etats pour la conclusion d'un accord international incompatible avec la Convention. La violation résultait en l'espèce de la combinaison de l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, du 20 septembre 1976, accord conclu entre les Etats membres²⁴, et d'une disposition du Traité de Maastricht.

La question que la Cour était appelée à trancher était celle de savoir si le Royaume-Uni pouvait voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir organisé d'élections au Parlement européen à Gibraltar. Madame Matthews fondait son grief sur une violation de l'art. 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention. Elle prétendait que, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1993, du Traité de Maastricht, qui élargit les compétences du Parlement européen, cette disposition s'appliquait aussi aux élections européennes.

Les textes à appliquer étaient des textes communautaires conventionnels de caractère «constitutionnel». L'un d'entre eux, l'annexe II à l'Acte de 1976, précisait sans ambiguïté que «le Royaume-Uni appliquera les dispositions du présent acte uniquement en ce qui concerne le Royaume-Uni». C'est sur la base de ce texte que les autorités britanniques avaient refusé d'organiser des élections à Gibraltar. La thèse du Gouvernement de sa Majesté était en effet que «les actes adoptés par la Communauté ou en conséquence de ses exigences ne pouvaient pas être imputés aux Etats membres, conjointement ou individuellement, en particulier s'ils concernent des élections à un organe constitutionnel de la Communauté elle-même»²⁵. Afin d'échapper à l'imputabilité, le Royaume-Uni excipait donc du caractère communautaire de la mesure se trouvant à l'origine de la violation alléguée.

²² *Idem.*

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, Rec. 1999, p. 305.

²⁴ JOCE n° L. 278, du 8 octobre 1976.

²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Matthews* (note 23), par. 26.

La question était donc bien celle de savoir si le Royaume-Uni pouvait voir sa responsabilité internationale engagée pour ne pas avoir organisé des élections au Parlement européen à Gibraltar en 1994, et s'il était possible de soumettre à un contrôle de compatibilité avec la Convention des mesures relevant de l'ordre juridique communautaire.

L'arrêt marque une extension de la responsabilité des Etats au titre du droit communautaire. S'inspirant des opinions dissidentes des membres minoritaires de la Commission, la Cour choisit d'adopter une position audacieuse au regard de l'ordre juridique communautaire. Elle jugea en effet que le Royaume-Uni devait être tenu pour responsable de la violation d'une disposition de la Convention, et ceci en dépit du fait que l'acte contrôlé était un traité conclu dans le cadre de la Communauté.

A propos de l'Acte de 1976 et du Traité de Maastricht, la Cour insista sur le fait qu'il s'agit de traités conclus «dans le cadre communautaire» et que, avec toutes les autres Parties au Traité de Maastricht, le Royaume-Uni est responsable, au titre de l'art. 1 CEDH, des conséquences de ce Traité. La Cour établit ainsi sa compétence *ratione materiae* pour contrôler la conventionnalité de l'Acte de 1976 et elle censure l'exclusion de Gibraltar au nom des droits inscrits dans la Convention²⁶.

L'arrêt *Matthews* a donc élargi la palette des actes sur lesquels la Cour européenne des droits de l'homme porte son contrôle. L'acte contrôlé n'est en effet plus une mesure nationale d'application du droit communautaire, mais bien un accord entre Etats membres adopté dans le cadre communautaire.

2. Le droit dérivé

Dans l'affaire *Matthews*, la Cour de Strasbourg s'est considérée comme compétente pour connaître du droit communautaire, car elle était en présence d'actes conclus entre Etats et non d'actes adoptés par une institution communautaire. Tout acte imputable à une institution communautaire a en effet échappé jusqu'ici au contrôle des organes de Strasbourg, qui se sont constamment déclarés incompétents pour entrer en matière sur les requêtes contre

²⁶ GÉRARD COHEN-JONATHAN/JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «De l'office de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999», *RUDH*, 1999, p. 253.

ce type d'actes, au motif que la Communauté n'est pas juridiquement liée par la Convention: «Pour autant que la requête est dirigée contre les Communautés européennes en tant que telles, la Commission relève que les Communautés européennes ne sont pas Partie Contractante à la CEDH (art. 66 aCEDH). Dans cette mesure, l'examen des griefs de l'organisation requérante échappe à la compétence *ratione personae* de la Commission»²⁷.

La jurisprudence récente a cependant subi une évolution même dans ce domaine. Dans l'affaire *Bruno Garzilli*²⁸, la requête était dirigée contre une décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes. Ayant déclaré la requête irrecevable, la Commission ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire. Elle a cependant laissé explicitement ouverte la question de l'examen de la conventionnalité des décisions d'organes communautaires, puisqu'elle a affirmé que «la question pourrait se poser de savoir si les décisions litigieuses, prises par un organe communautaire, engagent la responsabilité collective des Pays membres de la Communauté européenne en tant que Parties contractantes à la Convention»²⁹.

Le pas pourrait être franchi avec l'affaire *Senator Lines*³⁰, où la requête est dirigée contre les quinze Etats membres de la Communauté, si la Cour s'avisait de faire sienne l'argumentation de la requérante.

Sur la base des règles communautaires sur la concurrence, la société requérante s'est vu infliger une amende très lourde (13 millions d'euros) par la Commission des Communautés européennes. L'amende était immédiatement exécutoire, avant même que la société n'ait eu la possibilité de saisir les juridictions communautaires afin d'obtenir d'elles qu'elles se prononcent sur

²⁷ Req. n° 8030/77 (note 8), p. 235, par. 3. Voir COHEN-JONATHAN/FLAUSS (note 26), p. 254. Voir également, sur cette jurisprudence, JEAN-PAUL JACQUÉ, «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme», in: PETTITI/DECAUX/IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Paris 1999, p. 83-100. Voir également RIDEAU (note 3), p. 304 et CONFORTI (note 10), p. 427.

²⁸ Req. n° 32384/96, *Garzilli c. les Etats membres de l'Union européenne*, décision du 22 octobre 1998, citée par BULTRINI (note 10), p. 496.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Req. n° 56672/00, *Senator Lines c. les quinze Etats membres de l'Union européenne*, reproduite in: *HRLJ*, 2000, p.112 et *EuGRZ*, 2000, p. 334. La procédure se trouve pour le moment au stade de la décision prise par la troisième section de la Cour de communiquer la requête aux Gouvernements concernés. Voir, sur cette affaire, ECKHARD PACHE, «Der Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens auf europäischer Ebene», *EuGRZ*, 2000, p. 601, 606.

la légalité de la sanction. Devant la Cour de Strasbourg, la requérante se plaint du dommage considérable qu'elle a subi du fait de l'exécution provisoire de la décision et des répercussions que celle-ci ne peut manquer d'avoir sur la viabilité de son entreprise. Elle fait valoir que le refus de la Commission des Communautés de surseoir à l'exécution de la sanction la prive de tout recours effectif et elle invoque une violation des art. 6 et 13 CEDH, au motif que le Tribunal de première instance des Communautés, puis la Cour de Justice³¹ ont dénié l'effet suspensif de l'appel qu'elle a interjeté auprès de ces juridictions. L'amende qui, par son montant, accule la requérante à la banqueroute a été infligée par un organe administratif – la Commission –, qui agit à la fois comme procureur et premier juge dans les cas de concurrence. La violation de l'art. 6 CEDH se trouverait réalisée du fait de l'obligation de payer l'amende avant même sa confirmation par un juge.

La nouveauté de cette affaire réside dans le fait qu'elle concerne une requête dirigée directement contre des actes d'institutions communautaires, une décision de la Commission d'abord, des arrêts du Tribunal de première instance et de la Cour de Justice ensuite.

Pour la requérante, la différence de nature juridique de l'acte soumis à l'examen de la Cour ne devrait toutefois pas conduire cette dernière à des conclusions différentes. Elle devrait se déclarer compétente pour se prononcer sur la conventionnalité des décisions des institutions communautaires, au motif que les quinze Etats membres sont responsables individuellement ou collectivement pour les violations de la Convention européenne par les institutions communautaires³².

³¹ Décision du 14 décembre 1999.

³² Req. n° 56672/00 (note 30), par. 38 et 48.

II. La justification de l'extension de la compétence de la Cour de Strasbourg

A. *Le dépassement de l'obstacle de la personnalité juridique de la Communauté par la doctrine de «l'effet utile» de la Convention*

La première objection – presque naturelle et instinctive – que soulève la jurisprudence qui vient d'être relatée réside bien entendu dans le fait que la Communauté n'a pas ratifié la Convention et qu'elle a une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres. Ces deux facteurs devraient conduire à nier la compétence *ratione personae* de la Cour de Strasbourg pour juger les actes communautaires. Non seulement la Communauté comme telle, mais même les quinze Etats membres ne devraient répondre de ces actes devant la Cour de Strasbourg³³.

L'existence de la personnalité juridique d'une organisation internationale fait de cette dernière un sujet de droit distinct des Etats membres. Les compétences transférées deviennent celles de l'organisation et n'entrent plus, de ce fait, dans le champ de la juridiction des Etats membres. La volonté de l'organisation émane en effet soit d'un organe indépendant des Etats membres, soit d'un organe intergouvernemental statuant à la majorité, si bien que cette volonté ne peut pas être réduite à celle des Etats membres pris individuellement³⁴.

La jurisprudence récente de la Cour propose toutefois, comme on l'a vu, une solution bien différente. Les juges de Strasbourg adoptent la thèse d'une responsabilité individuelle ou conjointe des Etats membres de la Communauté. Selon eux, l'argument de la personnalité juridique de l'organisation conduirait en effet au résultat que des actes imputables à un système mis en

³³ CONFORTI (note 10), p. 428.

³⁴ POTTEAU (note 21), p. 884; voir également l'opinion concordante de M. MARTINEZ jointe au rapport de la Commission du 29 octobre 1997 dans l'affaire *Matthews*, Rec. 1999, p. 346. Il y dit avoir beaucoup de difficultés à comprendre comment les organes de la Communauté, en agissant selon leurs compétences, peuvent engager la responsabilité d'un Etat membre au regard de la Convention. Voir aussi GORI/KAUFF-GAZIN (note 6), p. 6.

place par un groupe d'Etats parties à la Convention seraient soustraits au contrôle des organes créés par elle précisément pour en assurer le contrôle³⁵.

Selon cette manière de voir les choses, tout en conservant leur personnalité propre par rapport à celle des Etats, les institutions communautaires demeurent tout de même l'expression de leur coopération collective. Elles constituent le prolongement, sous une autre forme, de l'action de ces mêmes Etats. Afin d'atteindre des objectifs d'intérêt commun, ceux-ci ont mis en place des institutions communes. Le système communautaire ne saurait toutefois être considéré comme entièrement distinct et indépendant des Etats: le Conseil, par exemple, est un organe intergouvernemental.

Si l'on épouse cette thèse, l'on ne saurait donc exclure toute responsabilité des Etats membres pour les actes des institutions communautaires qu'ils ont créées³⁶.

La jurisprudence a subi à cet égard une évolution progressive. Elle révèle cependant que, dès leurs premières décisions, les organes de Strasbourg n'ont jamais totalement exclu la thèse de la responsabilité des Etats. Déjà dans la célèbre affaire *CFDT contre les Communautés européennes, subsidiairement la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement*³⁷, la Commission n'avait pas écarté une telle éventualité: «Pour autant que la requête est dirigée contre chacun des Etats membres des Communautés européennes qui sont en même temps Parties contractantes à la Convention, il pourrait se poser la question de savoir si l'acte mis en cause, accompli par un organe des Communautés européennes, est susceptible d'engager la responsabilité des neuf Etats membres des Communautés européennes sur le terrain de la Convention»³⁸.

La Commission avait adopté une position analogue dans une décision rendue quelque dix ans plus tard, dans laquelle les actes en cause étaient le

³⁵ BULTRINI (note 10), p. 494.

³⁶ *Idem*, p. 499.

³⁷ Req. n° 8030/77 (note 8), p. 231.

³⁸ *Idem*, p. 236, par. 5.

licenciement de la requérante par le Parlement européen et la procédure de recours qui s'était déroulée devant la Cour de Justice des Communautés³⁹.

L'étape décisive pourrait être franchie avec l'affaire *Senator Lines*. On se souvient que la requête tend à obtenir une décision de la Cour de Strasbourg sur le point de savoir si les quinze Etats ont enfreint, individuellement ou collectivement, l'art. 6 CEDH, dans la mesure où les organes judiciaires de la Communauté n'ont pas accordé d'effet suspensif à l'appel formé par la requérante devant le Tribunal de première instance.

Selon la requérante, dès lors que les quinze Etats membres sont parties à la Convention, il doit être possible de tenir chacun de ces quinze Etats pour responsable au titre de la Convention, même dans un domaine où les compétences étatiques ont été transférées à la Communauté. Les institutions communautaires doivent en effet être considérées comme l'expression de la coopération collective des Etats membres, ce qui a pour conséquence que leur action doit être regardée comme l'action des Etats membres sous une autre forme⁴⁰.

Selon cette manière de voir les choses, la responsabilité internationale des Etats au titre de la Convention ne pourrait donc pas être éludée du fait de leur appartenance à la Communauté européenne. La Cour de Strasbourg devrait s'estimer habilitée, «par le biais des Etats membres»⁴¹, à apprécier la validité du droit communautaire au regard de la Convention. Les Etats ne pourraient plus exciper, pour échapper à l'imputabilité, du caractère communautaire de la mesure qui se trouve à l'origine de la violation alléguée⁴².

³⁹ Req. n° 13539/88 *Dufay c. les Communautés européennes, subsidiairement la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement*, décision du 19 janvier 1989, non publiée, citée par TULKENS (note 7), p. 52 et dans la req. n° 56672/00 (note 30), par. 52. La Commission y avait affirmé: «Pour autant que la requête est dirigée contre les Etats membres des Communautés européennes, qui sont en même temps Parties Contractantes à la Convention, la question se pose de savoir si l'acte mis en cause, accompli par un organe des Communautés européennes, est susceptible d'engager la responsabilité de chacun des douze Etats membres des Communautés européennes sur le terrain de la Convention».

⁴⁰ Req. n° 56672/00 (note 30), par. 47 et 48.

⁴¹ COHEN-JONATHAN/FLAUSS (note 26), p. 257.

⁴² POTTEAU (note 21), p. 865.

La jurisprudence actuelle des organes de Strasbourg s'explique par leur souci constant d'assurer un effet utile aux droits et libertés garantis par la Convention: «L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives»⁴³.

Dans l'arrêt *Matthews*, après avoir rappelé que la Convention a pour objectif de garantir des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs⁴⁴, la Cour a ajouté qu'il serait impossible de maintenir un contrôle efficace et unique du respect de la Convention par toutes les Parties contractantes si elle n'était pas en situation de pouvoir contrôler des actes aussi dans le domaine des pouvoirs transférés⁴⁵.

Pour elle, la législation émanant du processus législatif de la Communauté a affecté la population de Gibraltar de la même manière que la législation adoptée par la voie parlementaire interne. L'on ne voit donc pas pour quelle raison le Royaume-Uni n'aurait pas dû assurer les droits garantis par la Convention par rapport à la législation européenne de la même manière que par rapport à la législation interne: le Royaume-Uni doit assurer les droits garantis par l'art. 3 du Protocole additionnel n° 1 à la CEDH à Gibraltar indépendamment du fait que les élections étaient purement internes ou européennes⁴⁶.

Dans l'affaire *Senator Lines*, la requérante est encore plus explicite: ne pas admettre la responsabilité des Etats dans le domaine des compétences transférées équivaldrait à admettre l'existence d'une lacune dans le système de protection des droits de l'homme, lacune qui irait en s'élargissant avec le transfert progressif de compétences à la Communauté⁴⁷. L'Europe des droits de l'homme deviendrait une Europe à géométrie variable si ne pouvaient être soumis au contrôle de la Cour que les actes des Etats, à l'exclusion de ceux de la Communauté⁴⁸.

⁴³ Req. n° 13258/87 (note 13), p. 152.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Matthews* (note 23), par. 34.

⁴⁵ *Idem*, par. 34-35.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Req. n° 56672/00 (note 30), par. 48.

⁴⁸ *Idem*, par. 49 et 50.

B. Les arguments juridiques

Si sa jurisprudence est principalement dictée par le souci d'assurer «l'effet utile» des droits et libertés garantis par la Convention, la Cour prend tout de même le soin de la faire reposer sur des bases et des arguments juridiques solides. Les principaux sont les suivants.

1. La portée de l'art. 1 CEDH

La Commission a reconnu depuis longtemps déjà que, aux termes de l'art. 1 CEDH, les Etats sont responsables de tous les actes ou omissions de leurs organes, indépendamment du fait que ceux-ci résultent du droit interne ou d'un engagement international qu'ils ont assumé: «Aux termes de l'art. 1 de la Convention, les Etats membres sont responsables de tous les actes et omissions de leurs organes internes qui auraient violé la Convention, que l'acte ou l'omission en question soit effectué en application du droit ou des règlements internes ou des obligations internationales»⁴⁹.

Dans son arrêt *Matthews*, la Cour a tenu à préciser que l'art. 1 CEDH «ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la «juridiction» des Etats membres à l'empire de la Convention»⁵⁰. Elle en a conclu que «le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres Parties au Traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'art. 1 de la Convention et, en particulier, de l'art. 3 du Protocole additionnel n° 1, des conséquences de ce traité»⁵¹. Pour la Cour, la responsabilité du Royaume-Uni au regard de la Convention ne fait donc aucun doute, dès lors que le Traité de Maastricht et l'Acte de 1976 sont des instruments internationaux auxquels il a librement souscrit, si bien qu'il est responsable de leurs conséquences au titre de l'art. 1 CEDH.

Selon la Cour, l'art. 1 CEDH ne fait donc aucune distinction quant au type de normes ou de mesures au moyen desquelles les Etats parties exercent

⁴⁹ Req. n° 13258/87 (note 13), p. 152; voir également req. n° 6231/73, *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, décision du 28 mai 1975, DR 2, p. 72 et 74 et req. n° 11123/84, *Etienne Tête c. France*, décision du 9 décembre 1987, DR 54 p. 52, 53.

⁵⁰ Cour eur. D.H. arrêt *Matthews* (note 23), par. 29.

⁵¹ *Idem*, par. 33.

leur juridiction. Ces normes peuvent relever de l'ordre constitutionnel⁵² ou être incluses dans des accords internationaux.

2. La théorie des traités successifs

Selon cette théorie, un Etat ne peut pas, en concluant un traité, se soustraire aux obligations qu'il a assumées en vertu d'un traité antérieur: «Si un Etat assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur»⁵³.

Selon les règles du droit international relatives aux traités successifs, les Etats membres de la Communauté encourent donc une responsabilité du fait des violations de la Convention commises par les institutions communautaires⁵⁴.

Bien entendu, la conclusion d'un accord international incompatible avec la Convention n'engage la responsabilité des Etats qu'à la condition que celle-ci intervienne après l'entrée en vigueur de la Convention. Ainsi, pour la Cour, l'affaire *Matthews* est caractérisée par des obligations conventionnelles successives et incompatibles entre elles. En adhérant à la Convention européenne, les Etats ont souscrit à des obligations conventionnelles objectives et ils ne sauraient y déroger en concluant un autre accord international. Or le Traité de Maastricht a été ratifié par le Royaume-Uni postérieurement à sa ratification du Protocole additionnel n° 3 à la CEDH. Cet Etat est donc responsable au titre de la Convention.

⁵² Dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie* du 30 janvier 1998, Rec. 1998, p. 1, la Cour avait affirmé que «c'est donc par l'ensemble de leur juridiction [...] que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention», (par. 29).

⁵³ Req. n° 235/56, *M. X. et Mme X. c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 10 juin 1958, Ann. 2, p. 257, 301; voir également req. n° 11123/84 (note 49), p. 53, 59; req. n° 13258/87 (note 13), p. 152.

⁵⁴ BULTRINI (note 10), p. 493.

3. Les traités impliquant un transfert de compétences

Dans leurs décisions, les organes de Strasbourg ont toujours confirmé la règle selon laquelle un transfert de souveraineté ne doit pas avoir pour effet de faire échapper les compétences transférées à l'emprise des droits fondamentaux⁵⁵. En d'autres termes, à partir du moment où des compétences étatiques sont transférées à une communauté supranationale, il faut que dans le cadre du nouvel ensemble soit assuré un niveau de protection qui ne soit pas inférieur à celui dont jouissaient les individus avant le transfert. Dans une décision de 1987, la Commission avait déjà affirmé que «l'on ne saurait [...] admettre que, par le biais de transferts de compétences, les Hautes Parties Contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées»⁵⁶.

La Commission a été encore plus explicite dans une décision rendue quelques années plus tard: «Un transfert de pouvoirs n'exclut pas nécessairement la responsabilité d'un Etat en vertu de la Convention, lorsqu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs transférés. A défaut, les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues sans motif et être ainsi privées de leur caractère contraignant»⁵⁷.

La jurisprudence de la Commission a été reprise par la Cour, qui a relevé qu'un transfert de compétences à une organisation internationale «ne fait [...] pas disparaître la responsabilité des Etats membres»⁵⁸, qui continue donc même après ce transfert.

⁵⁵ TULKENS (note 7), p. 51.

⁵⁶ Req. n° 11123/84 (note 49), p. 59.

⁵⁷ Req. n° 13258/87 (note 13), p. 152; voir également req. n° 21090/92, *Heinz c. Etats contractants également parties à la Convention sur le Brevet européen*, décision du 10 janvier 1994, DR 76-B, p. 125, 127.

⁵⁸ Cour eur. DH., arrêt *Matthews* (note 23), par. 32. Dans l'arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne* du 18 février 1999, Rec. 1999, p. 429, la Cour a affirmé que «lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité [...] et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations [...], la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné» (par. 67).

Les juges de Strasbourg mettent donc à la charge des Etats parties l'obligation de faire en sorte que les transferts de compétences n'aient pas d'incidence sur la reconnaissance des droits fondamentaux. Cette jurisprudence permet ainsi d'imputer, par voie d'exception, aux Etats parties les violations de la Convention commises par une organisation internationale dans l'exercice des compétences qui lui ont été transférées.

4. Le rejet de l'argument de la protection équivalente assurée par la Communauté?

Dans l'affaire *M. et Co.*, de 1990, qui contenait déjà en germe tous les principes qui allaient être repris plus tard par la Cour, la Commission avait fini par déclarer la requête irrecevable au motif que la Communauté assurait aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle que leur assure le système de Strasbourg. En particulier, le droit à un procès équitable était garanti de façon satisfaisante dans le cadre du droit communautaire: «Le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente»⁵⁹. La Commission avait poursuivi en affirmant: «Le système juridique des Communautés européennes non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais assure aussi le contrôle de leur respect [...] La Cour de Justice des Communautés européennes a élaboré une jurisprudence selon laquelle elle est appelée à contrôler les actes des Communautés sur le fondement des droits fondamentaux, y compris ceux consacrés dans la Convention européenne des droits de l'homme. Conformément à ce raisonnement, la Cour de Justice a souligné, dans la présente affaire, que le droit à un procès équitable était un principe fondamental du droit communautaire [...] Elle est néanmoins parvenue à la conclusion que ce grief n'était pas fondé [...] Il s'ensuit que la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention et qu'elle doit être rejetée»⁶⁰.

Selon ce raisonnement, qui n'est pas sans rappeler celui tenu par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt *Solange II*⁶¹, la compétence de la Cour européenne pour connaître de requêtes dirigées contre des actes com-

⁵⁹ Req. n° 13258/87 (note 13), p. 153.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Voir note 15.

munautaires ne serait admise que dans la mesure où les organes communautaires ne seraient pas en mesure d'assurer eux-mêmes une protection des droits fondamentaux comparable à celle qu'assurent les juges de Strasbourg.

La décision *M. et Co.* comportait ainsi deux volets: la Commission y a affirmé d'une part la possibilité de principe de mettre en cause la responsabilité d'un Etat en cas d'absence de conformité à la Convention d'une mesure nationale d'exécution du droit communautaire. D'autre part, cependant, elle a «verrouillé»⁶² cette même possibilité en affirmant que la Communauté assurerait une garantie équivalente des droits fondamentaux.

Dans l'affaire *Matthews*, cet argument a joué un rôle majeur dans le raisonnement tenu par la Cour pour s'arroger le droit de contrôler la conventionnalité d'actes communautaires. La Cour de Luxembourg n'étant pas compétente pour connaître de la légalité du droit communautaire originaire, aucun des actes en cause, ni l'Acte de 1976 ni le traité de Maastricht n'étaient susceptibles d'être soumis à son contrôle au titre des droits fondamentaux: «L'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de Justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte «ordinaire» de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire. Le traité de Maastricht n'est pas, lui non plus, un acte de la Communauté, mais un traité, par la voie duquel s'est réalisée la révision du traité CEE»⁶³.

Si la Cour de Strasbourg n'était pas entrée en matière, la requérante aurait été victime d'un déni de justice. La Cour de Luxembourg n'étant pas compétente pour connaître de l'affaire, Madame Matthews ne se voyait offrir aucun moyen d'agir dans le cadre de la Communauté. Il y aurait donc eu un vide juridique inacceptable au niveau du respect des droits fondamentaux, vide que la Cour de Strasbourg a estimé nécessaire de combler.

Dans l'affaire *Senator Lines*, la requérante demande à la Cour de se départir de cette jurisprudence. Se référant à l'affaire *M. et Co.*, elle insiste sur le fait que, dans cette affaire, la Commission européenne a reconnu pour la première fois la nécessité de contrôler la conventionnalité des actes com-

⁶² COHEN-JONATHAN/FLAUSS (note 26), p. 255.

⁶³ Cour eur. D.H., arrêt *Matthews* (note 23), par. 33.

munautaires lorsque cela est requis par l'objet et le but de la Convention et par son application effective. Après avoir rappelé le principe de la «protection équivalente», elle relève que, si cette protection n'est pas assurée, les organes de Strasbourg sont alors compétents pour se prononcer sur la conformité des actes communautaires à la Convention. Selon la requérante, la jurisprudence *M. et Co.* consacrerait donc une sorte de droit général de tenir les Etats membres pour responsables des actes des institutions communautaires qui porteraient atteinte aux dispositions de la Convention européenne⁶⁴. L'affaire *Senator Lines* marquera-t-elle la fin de la jurisprudence de la «protection équivalente»?

III. Responsabilité individuelle ou collective des Etats membres?

Si l'on admet le principe de l'imputabilité aux Etats membres des actes communautaires, il reste encore à déterminer la nature, individuelle ou collective, de leur responsabilité.

Lorsque l'acte incriminé se trouve être une décision nationale d'application du droit communautaire, seule la responsabilité individuelle de l'Etat auteur de la mesure interne peut être envisagée. Lorsqu'en revanche, comme dans l'affaire *Matthews*, l'objet de la requête est un acte relevant du droit primaire, tout lien particulier avec un Etat déterminé vient à manquer. De tels actes sont en effet adoptés par l'ensemble des Etats membres. C'est donc chaque Etat membre qui, collectivement avec les autres, sera tenu pour responsable: «Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres Parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'art. 1 de la Convention [...] des conséquences de ce traité»⁶⁵.

Il en va ainsi *a fortiori* lorsque, comme dans l'affaire *Senator Lines*, l'acte contrôlé est un acte communautaire unilatéral de droit dérivé⁶⁶.

⁶⁴ Req. n° 56672/00 (note 30), par. 39.

⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Matthews* (note 23), par. 33.

⁶⁶ Req. n° 56672/00 (note 30), par. 51.

IV. De l'adhésion de fait à l'adhésion tout court?

A. *L'adhésion de fait*

Comme on a pu le constater, la gamme des actes de droit communautaire dont la Cour européenne des droits de l'homme contrôle aujourd'hui la conventionnalité est allée en s'étoffant au fil des ans, jusqu'à les comprendre presque tous. Celle-ci s'érige désormais en instance de contrôle ultime du droit communautaire. Elle a développé à cet effet la théorie de la responsabilité des Etats membres pour leurs actions dans le cadre de l'ordre juridique communautaire.

L'on assiste ainsi à ce que la doctrine qualifie d'adhésion de fait de la Communauté à la CEDH⁶⁷, d'adhésion indirecte⁶⁸, ou d'adhésion forcée⁶⁹, avec tous les inconvénients que comporte cette situation. Il suffit en effet de relever qu'aucun juge ne siège actuellement à Strasbourg au titre de la Communauté et que celle-ci n'est pas habilitée à participer aux procédures qui remettent en cause les actes communautaires⁷⁰. Du point de vue strictement juridique, la situation actuelle, qui permet de condamner des Etats en lieu et place de la Communauté, n'est pas non plus entièrement satisfaisante.

Le choix devant lequel se trouve actuellement la Communauté semble donc bien être celui d'une adhésion contrainte ou d'une adhésion libre. Mais cette dernière paraît presque inéluctable à plus ou moins bref délai. Le transfert progressif de compétences des Etats à la Communauté et à l'Union européennes justifie pleinement que ces entités répondent elles-mêmes des éventuelles violations de la Convention.

⁶⁷ FLORENCE BENOÎT-ROHMER, «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 2000, p. 57, 58.

⁶⁸ JEAN-PAUL JACQUÉ, «Le contexte de la Charte des droits fondamentaux. Débats», *RUDH*, 2000, p. 13.

⁶⁹ FRÉDÉRIC SUDRE, *idem*.

⁷⁰ Voir FISCHBACH (note 2), p. 9.

B. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la nécessité d'un contrôle externe

L'adoption récente, par l'Union européenne, de la Charte des droits fondamentaux, qui marque la ferme volonté de quinze Etats membres d'assurer un respect encore plus grand de ces droits, constitue-t-elle un argument valable contre l'adhésion? Le cas échéant, devrait-elle conduire la Cour de Strasbourg à remettre en cause sa jurisprudence récente? Nous ne le pensons pas.

Si la Communauté et l'Union européennes évoluent vers des formes qui les rapprochent toujours plus des structures étatiques, la Charte des droits fondamentaux va tout simplement jouer le rôle qui est traditionnellement dévolu aux catalogues de droits fondamentaux dans les constitutions nationales. Or les actes étatiques sont tous soumis au contrôle ultérieur de la Cour européenne des droits de l'homme. Même l'adoption de la Charte laisse donc subsister le problème du contrôle externe des actes communautaires. Contrairement à ce que l'on croit souvent, la Charte ne vient donc pas concurrencer la Convention. Même insérée dans le traité de l'Union, elle ne bénéficierait au mieux que d'un statut constitutionnel semblable à celui que l'on retrouve dans les constitutions nationales⁷¹.

Selon cette vision des choses, il appartiendrait d'abord aux instances communautaires, en particulier à la Cour de Justice, d'assurer le respect des droits fondamentaux sur la base de la nouvelle Charte. Ce contrôle devrait toutefois être assimilé à une «voie de recours interne» au sens de l'art. 35 CEDH. Le contrôle externe, et ultime, incomberait à la Cour de Strasbourg, qui aurait le dernier mot, ce contrôle demeurant, comme pour les Etats, subsidiaire.

C'est d'ailleurs bien cette hypothèse qu'envisageait la Cour de Luxembourg dans son avis relatif à l'adhésion⁷², lorsqu'elle a relevé que l'adhésion

⁷¹ Voir, dans ce sens, la proposition finlandaise d'adhésion de la Communauté à la Convention, du 22 septembre 2000, soumise à la Conférence ministérielle, et reproduite in: *EuGRZ*, 2000, p. 572: «Die Existenz einer [...] Charta und der Beitritt zur EMRK schliessen sich nicht aus, sondern ergänzen einander. So ist auch der Beitritt der Mitgliedstaaten zur EMRK nicht deshalb bedeutungslos, weil in deren Verfassungen Grundrechte aufgeführt sind». Voir également BENOÎT-ROHMER (note 67), p. 57.

⁷² CJCE, avis 2/94 (note 5).

«comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct».

Selon ce système à deux niveaux de protection, la Cour de Justice des Communautés ne serait compétente que pour garantir le respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. La Cour de Strasbourg conserverait la compétence pour contrôler la conventionnalité du droit communautaire.

Ce mécanisme entraînerait certes, dans le domaine des droits de l'homme, une subordination de la Cour de Luxembourg à celle de Strasbourg, en ne faisant de la première qu'une instance à épuiser, à l'instar des cours suprêmes nationales.

Cette hypothèse avait d'ailleurs été expressément envisagée par la Commission dans l'affaire *Christiane Dufay*: «La compétence de la Commission ne se trouverait établie qu'une fois épuisées les voies de recours spécifiques prévues en matière de contrôle des actes communautaires. Dans cette hypothèse, le système de recours, tel qu'il est prévu en matière de droit communautaire, se trouverait assimilé aux recours généralement visés par l'art. 26 aCEDH. Il s'ensuit que les voies de recours prévues par le droit communautaire constitueraient alors des voies de recours internes au sens de ladite disposition de la Convention»⁷³.

Dans l'affaire *Senator Lines*, la requérante fait sienne cette jurisprudence. Selon elle, les instances internes à épuiser au sens de l'art. 35 CEDH ne pouvaient être que le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes, dès lors que la requête visait la légalité d'actes communautaires pour lesquels ces tribunaux ont une compétence exclusive. Elle a donc épuisé tous les recours disponibles. La dernière décision étant l'arrêt de la Cour de Justice du 14 décembre 1999, la requête a été déposée dans le délai de 6 mois⁷⁴.

⁷³ Req. n° 13539/88 (note 39).

⁷⁴ Req. n° 56672/00 (note 30), par. 52-53.

C. *Les avantages de l'adhésion*

Les avantages de l'adhésion de la Communauté à la Convention paraissent si évidents que l'on ne voit pas d'argument rationnel et convaincant plaçant à son encontre. En effet, dans la mesure où les quinze Etats sont soumis au contrôle externe de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de raison pour que la Communauté, en tant qu'association de ces mêmes Etats, échappe à ce contrôle⁷⁵. Le Parlement européen a d'ailleurs toujours estimé que l'adhésion de l'Union à la Convention, naturellement après les nécessaires modifications du Traité, constituerait un pas important vers le renforcement de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union⁷⁶. C'est dès 1979 que la Commission avait proposé, soutenue par le Parlement, l'adhésion de la Communauté à la Convention.

L'adhésion permettrait de protéger les individus dans les domaines relevant du droit communautaire, par l'insertion d'un contrôle externe qui placerait l'Union dans une situation comparable à celle des Etats membres.

Une éventuelle ratification de la Convention par la Communauté devrait probablement s'accompagner d'un certain nombre d'aménagements tendant, par la mise en place d'un mécanisme de coopération entre les deux Cours, à exclure une subordination trop marquée de celle de Luxembourg par rapport à celle de Strasbourg. Avant de statuer sur une affaire mettant en cause une disposition de la Convention, la Cour de Luxembourg pourrait par exemple être habilitée à demander un avis consultatif à celle de Strasbourg⁷⁷.

Quant à l'objection consistant à voir un acte communautaire contrôlé par une Chambre de la Cour européenne composée en partie, voire majoritairement, de juges provenant d'Etats extérieurs à l'Union, elle pourrait facilement être surmontée par la constitution d'une chambre composée exclusivement de ressortissants d'Etats membres⁷⁸.

⁷⁵ FISCHBACH (note 2), p. 8.

⁷⁶ Voir DIETMAR NICKEL, «Le Parlement européen et la problématique de la Charte», *RUDH*, 2000, p. 10.

⁷⁷ FISCHBACH (note 2), p. 9; voir, à ce sujet, SIEGBERT ALBER/ULRICH WIDMAIER, «Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung/Zu den Beziehungen zwischen EuGH und EGMR», *EuGRZ*, 2000, p. 497.

⁷⁸ FISCHBACH (note 2), p. 9.

Conclusion

L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au contrôle de conventionnalité du droit communautaire est marquée par une extension progressive de ses compétences. Rendu peu de temps après l'avis de la Cour de Justice des Communautés qui a dénié, en l'état actuel du droit communautaire, toute compétence de la Communauté pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Matthews*, qui récuse toute immunité judiciaire de la Communauté, a pu être interprété comme une «réplique» de la Cour de Strasbourg à celle de Luxembourg⁷⁹. Il est en tout cas illustratif de la volonté de la première d'apparaître comme l'instance spécialisée en matière de droits de l'homme pour l'ensemble de l'Europe, y compris pour l'ordre juridique communautaire. Cette jurisprudence, qui place la Communauté dans une situation d'adhésion de fait, n'est pas très satisfaisante, pour les raisons que nous avons évoquées.

Dans ces conditions, il convient de se demander s'il ne serait pas préférable, pour la Communauté, de suivre la voie de l'adhésion. Cette solution permettrait de protéger les individus dans le champ d'intervention du droit communautaire, en instaurant un contrôle externe à la Communauté. Cette dernière serait alors placée dans une situation similaire à celle des Etats membres. Il incomberait d'abord aux instances communautaires d'assurer le respect des droits fondamentaux en appliquant la Charte et la Convention, puis au juge de Strasbourg d'opérer le contrôle ultime⁸⁰.

Dans cette perspective, contrairement à ce que l'on croit souvent, l'adoption de la Charte ne constitue aucunement une alternative à l'adhésion. Elle doit plutôt s'accompagner de celle-ci⁸¹.

⁷⁹ GORI/KAUFF-GAZIN (note 6), p. 5.

⁸⁰ Dans le même sens, BENOÎT-ROHMER (note 67), p. 58.

⁸¹ BENOÎT-ROHMER (note 67), p. 61.

IST DIE GEWISSENSFREIHEIT NOCH AKTUELL?

JÖRG PAUL MÜLLER*

Professeur à l'Université de Berne

«Jamais, on ne fait le mal si pleinement et si gaiement que quand on le fait par conscience.»

Blaise Pascal,
Pensées n° 547.

I. Einleitung

Die Gewissensfreiheit ist zu einem selbstverständlichen Bestandteil der demokratischen Verfassung und der internationalen Menschenrechtsverbürgungen geworden. Was bezeichnet der Ausdruck «Gewissen», was wird damit geschützt? Wodurch grenzt sich «Gewissen» von «Glauben» oder «Weltanschauung» ab?

Die staatsrechtliche Literatur und höchstrichterliche Praxis der Schweiz¹ hat der Frage bisher erstaunlich wenig Beachtung geschenkt, im Gegensatz

* Professor für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Bern.

Ich danke Herrn lic. iur. MIKE SCHÜPBACH herzlich für die wertvolle Mitarbeit an der Ausarbeitung und Fertigstellung dieses Beitrags.

¹ Vgl. z.B. PETER KARLEN, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich 1988, S. 208 ff., 211. In der Rechtspraxis des Bundesgerichts gibt es unseres Wissens keine Entscheidung, die zwischen Glaubens- und Gewissensfreiheit differenziert. Zur Gewissensfreiheit (Art. 9 EMRK) in der Praxis des EGMR vgl. MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Aufl., Zurich 1999, S. 384 f.

etwa zur Bundesrepublik Deutschland², wo vor allem die spezifische Garantie der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen in Art. 4 Abs. 3 GG die Diskussion belebt hat. Von besonderem Interesse ist, dass die Glaubensfreiheit in der europäischen Rechtstradition ursprünglich religiös vermittelt und später profanisiert und gegenüber dem religiösen Bereich verselbständigt wurde³. Hat sich diese Verselbständigung bewährt oder ist sie in einer säkularen Gesellschaft sogar zum dominierenden Aspekt geworden?

II. Verfassungsrechtliche Herausbildung der Gewissensfreiheit

In der europäischen Verfassungsgeschichte stellt der Westfälische Friede von 1648 für die Religionsfreiheit einen Schlüsselpunkt dar: den Landesfürsten wurde die Pflicht auferlegt, neben katholischem und evangelischem Bekenntnis auch das reformatorische zuzulassen⁴. Wer sich nicht in diese Glaubensrichtungen einfügte, dem blieb nur das Recht, auszuwandern (*ius emigrandi*), oder die Freiheit der Hausandacht gemäss dem eigenen Bekenntnis. So dürftig diese Garantien für «Aussenseiter» erschienen, so bedeutsam waren sie für die Herausbildung des Grundrechts der Gewissensfreiheit. In diesem Zusammenhang taucht zum ersten Mal mit der Formel «*conscientia libera*» die Gewissensfreiheit auf⁵. In der Folge fand die Gewissensfreiheit, immer im Gefolge der Glaubensfreiheit, Eingang in kodifizierte Grundrechtskataloge, erstmals in die Kolonialcharta von Rhodes Island im Jahre 1663, später auch in die grossen amerikanischen Unabhängigkeitserklärungen und die Bill of Rights von 1791⁶.

² So etwa die Übersicht in den GG-Kommentaren, z.B. bei MARTIN MORLOK, «Art. 4 GG», in: DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen 1996, Bd. 1, Rz. 4 ff., 57 ff.; HERBERT BETHGE, «Gewissensfreiheit», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1989, Bd. 6, Rz. 1 ff. m.w.H.

³ BETHGE (Anm. 2), Rz. 4.

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden eingehend HEINRICH J. SCHOLLER, *Die Freiheit des Gewissens*, Berlin 1958, S. 51 ff.; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Das Grundrecht der Gewissensfreiheit», *VVDStRL* 28 (1970), S. 36 ff. m.w.H.

⁵ KLAUS SCHLAICH, «Westfälischer Friede», in: HERZOG u.a. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Bd. 2, S. 3971.

⁶ Vgl. zum Ganzen MORLOK (Anm. 2), Rz. 5.

Auf dem Kontinent brachte die Französische Revolution eine gewisse Wende mit ihrer Betonung der Vernunft; in der «Déclaration des droits de l'homme» von 1789 steht die Meinungs- und Weltanschauungsfreiheit im Vordergrund. Geschützt sind die «*opinions, mêmes religieuses*» (Art. 10)⁷. Damit rückt die Sache der Weltanschauungs- oder Gewissensfreiheit ins Zentrum, und die Freiheit des Glaubens verliert ihre primäre Funktion.

Mit der Zunahme der Zahl und Verschiedenartigkeit von Überzeugungen und verbindlichen Lebensentwürfen, die nicht mehr in Zusammenhang mit einer Religion gelebt werden, verschiebt sich in der pluralistischen und interkulturellen Gesellschaft des 20. Jahrhunderts der Akzent noch weiter weg von der Glaubensfreiheit hin auf die säkular begründeten Freiheiten⁸. In der Gegenwart hat die Gewissensfreiheit zwar einen Emanzipationsprozess erlebt; in der heutigen Verfassungswirklichkeit ist sie aber in den Schatten der Freiheit der Weltanschauung gelangt⁹, die anscheinend der heutigen Konflikthaftigkeit des Menschen in der politischen Ordnung mehr gerecht wird¹⁰.

III. Was ist das Gewissen der Gewissensfreiheit?

Weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus der textlichen Formulierung in den modernen Verfassungen ergibt sich eine prägnante Vorstellung von dem, was das Gewissen ausmacht. In der rechtswissenschaftlichen Literatur besteht ein gewisser Konsens über die Funktion der Gewissensentscheidung: diese soll dem individuellen menschlichen Dasein Identität und Sinn geben; als Gewissen wird bezeichnet, was jemand als für seine Persönlichkeit kon-

⁷ Dazu ausführlich ERHARD MOCK, *Gewissen und Gewissensfreiheit*, Berlin 1983, S. 121 f.

⁸ MORLOK (Anm. 2), Rz. 27.

⁹ Die Garantie der Freiheit der Weltanschauung neben der Glaubensfreiheit ist ebenfalls Zeichen eines Säkularisierungsprozesses. Während die Gewissensfreiheit eindeutig der individuellen Sinnstiftung und Identitätsbildung zuzuschreiben ist, umfasst nach allgemeiner Auffassung die Weltanschauungsfreiheit jedenfalls auch Überzeugungen, die von einer Gemeinschaft mitgetragen und gepflegt werden; so statt vieler MORLOK (Anm. 2), Rz. 69. Zu den Unterschieden zwischen Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, S. 83 f.

¹⁰ So sind in der neuen Bundesverfassung nur die religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen als bestimmte Diskriminierungstatbestände aufgeführt (Art. 8 Abs. 2 BV).

stitutiv hält, womit er sich für seine Existenz als moralische Person massgebend identifiziert¹¹. Plastisch wird etwa die Achtung der Gewissensfreiheit als Möglichkeit der Konstituierung, ihre Verletzung als Gefahr der Dekonstituierung der Person beschrieben¹².

Die Gewissensfreiheit ist insofern in ihrer Struktur der Kunstfreiheit ähnlich, als es sich da wie dort um ein vorwiegend subjektiv erlebtes Phänomen handelt, das oft nur schwer objektivierbar ist¹³. In beiden Fällen ist Ausgangspunkt der Selbstanspruch des Grundrechtsträgers, er handle oder beuge sich im Bereich der Kunst bzw. des Gewissens.

Der Selbstanspruch des *Künstlers* kann durch das Urteil der *artistic community*, den Charakter des Ortes der Aufführung oder Darstellung (Theater, Museum u.a.) oder andere institutionelle Einbettung ein Stück weit objektiviert werden¹⁴. Solche institutionellen Einbettungen sind der Gewissensfreiheit dagegen fremd; die *Gewissensäußerung* kann sich nur dadurch mit einer gewissen Objektivierung legitimieren, dass sie sich mit der sichtbaren Gestaltung eines Lebensbereichs als konsistent erweist und vom Grundrechtsträger auch gedanklich und argumentativ in einen breiten lebensgeschichtlichen oder kulturellen Zusammenhang gestellt werden kann. Trotz des verbleibenden starken Gewichts der subjektiven Seite beider Grundrechte ist ihnen gemeinsam, dass sie auch politisch höchst relevant sind, weil von ihnen vitale Impulse für Gesellschaft und Staat ausgehen können, die für ein offenes, lern- und entwicklungsfähiges Gemeinwesen unverzichtbar sind.

IV. Geistesgeschichte als Interpretationshilfe

Gewissen ist zweifellos ein von Menschen erfahrbares Phänomen; ein gutes oder schlechtes Gewissen zu haben, ist eine Alltagserfahrung. Sie hat in der europäischen Geistesgeschichte verschiedenste Deutungen gefunden; diese

¹¹ MORLOK (Anm. 2), Rz. 57 ff.; BETHGE (Anm. 2), Rz. 6 ff.

¹² RICHARD BÄUMLIN, «Das Grundrecht der Gewissensfreiheit», *VVDStRL* 28 (1970), S. 23.

¹³ Im Gegensatz dazu kann ein Glaube oder eine Religion eine gewisse Objektivierung im gemeinsamen Bekenntnis einer Glaubengemeinschaft finden.

¹⁴ Vgl. MÜLLER (Anm. 9), S. 304 f.

sollen im Folgenden exemplarisch skizziert und für die juristische Interpretation fruchtbar gemacht werden:

a. Gewissen (*conscientia*) erscheint in der biblischen¹⁵ und frühkirchlichen¹⁶ Literatur als Instanz im Menschen, durch die nicht nur Christen, sondern auch Ungläubige einen gewissen Zugang zur (absoluten) Wahrheit Gottes finden können. Während also der Glaube die Fülle der Wahrheit erschliesst, legt das Gewissen wenigstens eine Spur zu ihr frei. Dieser prekäre Zugang zu «Gottes Stimme» (*vox dei*) erweist sich allerdings als zweideutig: dem Heiden wird zwar attestiert, dass auch er in minimaler Weise Recht und Wahrheit erkennen kann; andererseits gibt diese Fähigkeit dem Weltenrichter auch die Legitimation, den zu verurteilen, der diese Spur gering achtet¹⁷.

Einen andern Akzent betont die Lehre der Reformatoren, z.B. von LUTHER¹⁸: Nach ihm sind die Menschen von Grund auf sündig, schuldig. Sie haben aus eigener Kraft keinen Zugang zu Gott. Ihr Gewissen ist korrumpiert, sie tragen keine «*vox dei*» in sich. Der Mensch kann sich nicht selbst – auch nicht durch gute, «gewissenhafte» Taten und Werke – aus seiner sündigen Situation befreien. Nur die Gnade Gottes erlöst ihn. Er tut Gutes, nicht damit er Gnade erhalte, sondern weil ihm diese widerfahren ist.

¹⁵ So etwa PAULUS, Römer 2, 14–16: «Denn wenn Heiden, die das Gesetz nicht haben, doch von Natur tun, was das Gesetz fordert, so sind sie, obwohl sie das Gesetz nicht haben, sich selbst Gesetz. Sie beweisen damit, dass in ihr Herz geschrieben ist, was das Gesetz fordert, zumal ihr Gewissen es ihnen bezeugt, dazu auch die Gedanken, die einander anklagen oder auch entschuldigen – an dem Tag, an dem Gott das Verborgene der Menschen durch Christus Jesus richten wird, wie es mein Evangelium bezeugt.» Vgl. dazu MOCK (Anm. 7), S. 19 f., 25 f.

¹⁶ Augustinus bezeichnet die «*conscientia*» als den Ort, an dem jeder Mensch den Willen Gottes und das natürliche Gesetz zur Kenntnis nehmen kann. Über Thomas von Aquin setzt sich diese Sicht bis in die heutige katholische Naturrechtslehre fort.

¹⁷ PAULUS, Römer 1, 18–20: «Denn Gottes Zorn wird vom Himmel her offenbart über alles gottlose Wesen und alle Ungerechtigkeit der Menschen, die die Wahrheit durch Ungerechtigkeit niederhalten. Denn was man von Gott erkennen kann, ist unter ihnen offenbar; denn Gott hat es ihnen offenbart. Denn Gottes unsichtbares Wesen, das ist seine ewige Kraft und Gottheit, wird seit der Schöpfung der Welt ersehen aus seinen Werken, wenn man sie wahrnimmt, so dass sie keine Entschuldigung haben.»

¹⁸ Vgl. ausführlich Mock (Anm. 7), S. 33 f.; WOLFGANG HUBER, *Gerechtigkeit und Recht*, Berlin 1996, S. 107 f.

Der St. Galler Mönch Nottker der Stammler hat offenbar im deutschen Sprachraum zum ersten Mal den Begriff «Gewissen» verwendet¹⁹, im Versuch, die lateinische «*con-scientia*» zu übersetzen. Er hat damit, wie mir scheint, den Weg für eine Loslösung des Begriffs aus seinem religiösen Bereich vorbereitet oder doch ermöglicht, auf eine Art, in der dies etwa in den romanischen Sprachen oder im Englischen nicht geschehen ist.

b. Einen Höhepunkt erlebt die Säkularisierung politischen Denkens in der Neuzeit bei HOBBS im 17. Jahrhundert. Dies führt zu einer Umwertung oder gar Dämonisierung des Gewissens: Es bedroht mit seiner Subjektivität die im Leviathan verbürgte objektive Staatsordnung. Ihr Zweck ist ja wesentlich, dem Kampf der verschiedenen christlichen Glaubensrichtungen, den HOBBS als unmenschlich und verheerend erlebt hatte, die homogene Macht des säkularen Staates gegenüberzustellen. Das individuelle Gewissen ist ein zu unsicherer und zu schwacher Faktor, um der Friedensaufgabe des Staates Richtung zu geben²⁰: Die notwendige Stabilität des Gemeinwesens wird ganz vom Leviathan, diesem sterblichen Gott und dieser höchsten Autorität für alles Politische, erwartet²¹. Die hier beschriebene Spannung zwischen Einzelgewissen und unanfechtbarer staatlicher Autorität ist bis heute lebendig²². HOBBS hat sie zugunsten des allmächtigen Staates aufgelöst; in der Lehre vom Widerstandsrecht ist der Konflikt bis heute immer wieder offen zu tage getreten.

c. Eine klare Stellungnahme gegen HOBBS findet sich bei KANT. Das Gewissen gehört nach ihm konstitutiv zum Menschen als sittlichem Wesen, d.h. als Subjekt, das zur Selbstbestimmung (Autonomie) berufen ist und gerade darin seine Würde findet. Würde und Autonomie des Menschen sind aber auch die Grundelemente aller legitimen Gesetze, somit auch Fundament des Rechtsstaates. Dieser definiert sich nach KANT als «Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen»²³, und das Kriterium richtigen Rechts ist das Vertragsprinzip, d.h. auch: Legitimes Recht muss vor dem

¹⁹ Siehe RETO LUZIUS FETZ, «Gewissen», in: SANDKÜHLER (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hambourg 1999, Bd. 1, S. 498.

²⁰ THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Stuttgart 1970 (Reclam-Ausgabe), S. 269.

²¹ HOBBS (Anm. 20), S. 155.

²² Vgl. DIETRICH FRANKE, «Gewissensfreiheit und Demokratie, Aktuelle Probleme der Gewissensfreiheit», in: *AöR* 1989, S. 7 ff.; BÄUMLIN (Anm. 12), S. 3, 5.

²³ IMMANUEL KANT, «Metaphysik der Sitten», Rechtslehre, § 45, in: WEISCHEDL (Hrsg.), *Werkausgabe in zehn Bänden*, Darmstadt 1983, Bd. 7, S. 431.

Gewissen jedes Rechtsunterworfenen standhalten und so seine Akzeptanz im Pflichtbewusstsein finden, das allen Rechtsadressaten, wenn sie vernünftig (= gewissenhaft) denken, unterstellt werden darf.

Entsprechend der kritischen Grundhaltung von Kant liegt die Grösse des Gewissens nicht darin, dass es dem Menschen Inhalte einer essentialistisch verstandenen Werte- oder Ideenwelt vermittelt; seine zentrale Funktion liegt vielmehr darin, den Menschen überhaupt an ein *Sollen* zu erinnern und sich der entsprechenden Forderung in einem Prozess (autonomer) Reflexion zu vergewissern. In diesem Sinn ist das Gewissen zunächst «ein Geschäft des Menschen mit sich selbst»²⁴, «ein innerer Gerichtshof»²⁵. Dabei ist nicht nur der Einzelne in seiner Individualität angesprochen, sondern in jeder Person auch die Menschheit²⁶ (im Sinne des kategorischen Imperativs). Trotz dieses universellen Bezugs zur Vernunft bedarf das Gewissen im praktischen Leben der Pflege: Es verkümmert, wenn es nicht «kultiviert» wird; Aufmerksamkeit ist gefordert, um die Stimme des inneren Richters zu schärfen und alle Mittel sind anzuwenden, um ihm Gehör zu verschaffen²⁷.

KANT führt diesen praktischen Aspekt des Gewissens in der Ethik- und Politiklehre noch entschieden weiter: Erst in der *öffentlichen* Auseinandersetzung wird die innere Stimme auch zur politisch verbindlichen Richtschnur. Im Gewissen ruht das von Kant leidenschaftlich vertretene Widerstandsrecht («Freiheit der Feder»²⁸), das als gewaltlose Form der Meinungsäusserung jeder Republik Mass und Schranke setzt, oder zeitgemäss ausgedrückt: jene Responsivität²⁹ sicherstellt, ohne die keine menschliche Regierung möglich ist. Die Freiheit der Gewissens- oder Meinungsäusserung wird bei KANT damit sogar zu einem Kristallisationspunkt einer lebendigen Republik: Recht

²⁴ KANT (Anm. 23), Tugendlehre, § 13, S. 573.

²⁵ KANT (Anm. 23), Tugendlehre, § 13, S. 573.

²⁶ Vgl. z.B. die Umschreibung bei HEINZ D. KITTSCHNEIDER, *Die Entstehung des modernen Gewissens*, Francfort-sur-le-Main 1991, S. 278 f.

²⁷ KANT (Anm. 23), Tugendlehre, Einleitung zur Tugendlehre, S. 532.

²⁸ IMMANUEL KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», II. Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht (Gegen HOBBS), in: WEISCHEDL (Hrsg.) *Werkausgabe in zehn Bänden*, Darmstadt 1983, Bd. 9, S. 161 f.; vgl. dazu auch JÖRG PAUL MÜLLER, «Das Weltbürgerrecht (§ 62) und Beschluss», in: HÖFFE (Hrsg.), *IMMANUEL KANT, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlin 1999, S. 263 f., 269 f.

²⁹ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, *Der Politische Mensch – menschliche Politik*, Bâle 1999, S. 54 ff.

und Staat sind in dem Masse legitim, als ihre Ordnung von allen reflektierenden betroffenen Menschen mitgetragen werden kann.

d. Eine eigentliche Erschütterung hat das Verständnis des Gewissens durch die Psychoanalyse SIGMUND FREUDS erfahren³⁰. Zwar hat schon Nietzsche – in der ihm eigenen giftigen Zuspitzung – im Gewissen eine Krankheit gesehen, die eine Zurückwendung des Aggressionstriebes auf das eigene Ich darstellt³¹. FREUD hebt differenzierter und lebensfreundlicher die lebensgeschichtliche und kulturelle Bedingtheit des Über-Ichs hervor, das wesentliche Teile des traditionellen Gewissensbegriffs erfasst: Das Kleinkind erlebt Zuwendung oder Liebesentzug der frühesten Bezugspersonen als die handlungsbestimmenden Sanktionen seines Verhaltens und internalisiert die diesen Reaktionen zugrunde liegenden elterlichen (und kulturellen) Gebote und Wertvorstellungen. Das Kind baut eine auch stark von elementaren Emotionen (Es) genährte «Agentur» in sich auf, die sozusagen für einen automatischen Gehorsam sorgt und damit auch die lebensnotwendige Zuwendung und Liebe der Umgebung sicherstellt³². Es ist eine grosse Leistung FREUDS, dass er das Gewissen nicht in Gegensatz zur Triebhaftigkeit, zur fundamentalen Vitalität des Menschen sieht, sondern dass diese gleichsam die Energie bereitstellt, auf Grund derer das Gewissen (Über-Ich) seine lebensnotwendige Funktion erfüllt. Diese realisiert sich allerdings nicht in einem reibungslosen Automatismus, sondern ist Teil der Ambivalenz und Konflikthaftigkeit des Menschen. Zu ihr gehört etwa auch die «Stimme der Vernunft». FREUD war Aufklärer genug, um seinem Subjekt neben «Es» und «Über-Ich» doch auch eine gewisse Fähigkeit zu rationalem Urteil im Sinne einer «Ich»-Leistung zuzugestehen. Die Stimme der Vernunft ist leise, so stellt Freud fest, aber sie ruht nicht, bis man ihr Gehör verschafft³³.

e. Eine völlige Loslösung vom Politischen und von jeder lebensgeschichtlichen, gesellschaftlichen oder kulturellen Prägung erfährt das Gewissensverständnis bei HEIDEGGER. Das Gewissen ruft bei ihm den Einzel-

³⁰ SIGMUND FREUD, «Das Unbehagen in der Kultur» (1930), in: *Gesammelte Werke, Studienausgabe*, Francfort-sur-le-Main 1982, Bd. IX, S. 251 ff., 256, 262.

³¹ FRIEDRICH NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral*, Stuttgart 1964, S. 323.

³² Vgl. zum Ganzen JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, Munich 1993, S. 117 ff. m.w.H.

³³ SIGMUND FREUD, «Die Zukunft einer Illusion (1927)», in: *Gesammelte Werke, Studienausgabe*, Francfort-sur-le-Main 1982, Bd. IX, S. 186.

nen weg vom unverbindlichen Dasein in der Masse, im «man» und führt ihn zu seinem Eigentlich-Sein³⁴, zu seiner wahren humanen Existenz: Das Hören auf den Ruf des Gewissens ermöglicht dem Menschen erst, die Geheimnisse seines Seins zu finden und sich selbst zu entwerfen. Dieser Ruf ist persönlich, innerlich, aber hat doch eine «ontologische Möglichkeit»³⁵; er kommt «aus mir und doch über mich»³⁶. Er ist unverwechselbar und «zweifellos nicht von einem andern, der mit mir in der Welt ist»³⁷. Es fehlt ihm aber die soziale Dimension, die ihn erst für Politik oder Recht relevant machen würde³⁸.

Es gehört zu den grössten Tragiken der neueren Geistesgeschichte, dass HEIDEGGER nicht nur als Person, sondern auch mit dem ganzen Gewicht seiner philosophischen Lehre an der Begegnung mit dem Nationalsozialismus scheiterte. Selbst Mitglied der NSDAP korrumpierte er etwa seine philosophisch-existenzielle Begrifflichkeit zu einem platten Aufruf zur «Selbst»-Behauptung der deutschen Universität³⁹ und der deutschen Nation, «geführt von der Unerbittlichkeit jenes geistigen Auftrags, der das Schicksal des deutschen Volkes in das Gepräge seiner Geschichte zwingt»⁴⁰.

Hätte HEIDEGGER die je geschichtliche Bedingtheit des Gewissens in den sozialen, politischen und machtmässigen Kontexten mitbedacht, hätte er die

³⁴ MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen 1963, S. 274 ff.; zu Heideggers Gewissensbegriff vgl. STEFAN HÜBSCH, *Philosophie und Gewissen*, Göttingen 1995, S. 151 ff., 154, 156 f.

³⁵ HEIDEGGER (Anm. 34), S. 278.

³⁶ HEIDEGGER (Anm. 34), S. 275.

³⁷ HEIDEGGER (Anm. 34), S. 275.

³⁸ Zu Heideggers fehlendem Verständnis für die Relevanz demokratischer Öffentlichkeit vgl. RÜDIGER SAFRANSKI, *Ein Meister aus Deutschland, Heidegger und seine Zeit*, Munich 1994, S. 202 f.

³⁹ Die «akademische Freiheit» erklärt HEIDEGGER als aus der deutschen Universität verstossen; denn sie «war unecht, weil nur verneinend». Der Begriff der Freiheit müsse auf seine Wahrheit zurückgebracht werden, aus der sich künftig Bindung und Dienst der deutschen Studentenschaft entfalte, nämlich erstens: die Bindung in die Volksgemeinschaft, zweitens: die Bindung an Ehre und Geschick der Nation inmitten der andern Völker und drittens: die Bindung an den geistigen Auftrag des deutschen Volkes. MARTIN HEIDEGGER, *Die Selbstbehauptung der deutschen Universität*, Rede, gehalten bei der feierlichen Übernahme des Rektorats der Universität Freiburg i.Br. am 27. 5. 1933, Breslau 1933, S. 15 f.

⁴⁰ HEIDEGGER (Anm. 39), S. 5. Auf Seite 13 heisst es: «(...) Geist ist nun weder leerer Scharfsinn (...) noch verstandesmässige Zergliederung, noch gar die Weltvernunft, sondern Geist ist ursprünglich gestimmte, wissende Entschlossenheit zum Wesen des Seins. (Die) geistige Welt eines Volkes (...) ist die Macht der tiefsten Bewahrung seiner erd- und bluthaften Kräfte als Macht der innersten Erregung (...) seines Daseins.»

Gewissensbegriffe FREUDS, NIETZSCHES oder auch MARX⁴¹ nicht zu leichtthin mit einem generell als «vulgär» bezeichneten Gewissensbegriff zur Seite geschoben⁴², wäre vielleicht der Missbrauch der existenzialen philosophischen Terminologie für diktaturnährende Rhetorik für HEIDEGGER selbst nicht möglich gewesen.

V. Antigone und die Aktualität der Gewissensfreiheit

a. Der Streifzug durch die abendländische Ideengeschichte ergibt ein Mosaik des Gewissens, aus dem sich kaum ein juristisch bestimmender Begriff ermitteln lässt. Die Alltagserfahrung lehrt aber doch, dass es so etwas wie ein Gewissen gibt, und dass seine Stimme und die Übereinstimmung unserer Handlungen mit ihm Entscheidendes mit uns, unserer Individualität und Identität zu tun hat. Deshalb ist die Gewissensfreiheit so wichtig: Sie steht als zentrale Garantie der persönlichen und moralischen Unversehrtheit des Menschen der Menschenwürde nahe. Die vom Gewissen je geforderte Widerspruchsfreiheit oder Übereinstimmung zwischen einem tiefen normativen Wissen und dem faktischen Handeln einer Person ist ein vordringliches Schutzgut jeder humanen Grundrechtsordnung.

Das Gewissen dient als Orientierungshilfe für uns Menschen in Raum und Zeit. Es sichert Kontinuität unserer Identität von der Vergangenheit in die Zukunft hinein. Wir nehmen Lernerfahrungen und Massstäbe auf, die uns durch Erziehung, Arbeit und Sozialisation vermittelt wurden oder die wir durch eigene Erfahrung erworben haben.

Neben das Gewissen als verinnerlichter Norm und Lebenserfahrung tritt das Erlebnis eines «autonomen» Gewissens, das unvermittelt nach dem Sinn meines Lebens, der Echtheit meines Handelns fragt oder zur Rücksicht auf die Unversehrtheit anderer als einer elementaren menschlichen Schuldigkeit

⁴¹ Für MARX «hängt (das Gewissen) mit dem Wissen und der ganzen Daseinsweise eines Menschen zusammen. Ein Republikaner hat ein anderes Gewissen als ein Royalist, ein Besitzender ein anderes Gewissen als ein Besitzloser, ein Denkender ein anderes als ein Gedankenloser (...). Das Gewissen der Privilegierten ist eben ein privilegiertes Gewissen»; KARL MARX, «Der Prozess gegen Gottschalk und Genossen», in: *MEW* 6, zit. nach WOLFGANG WEILER, «Gewissen», in: SANDKÜHLER (Hrsg.), *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, Hambourg 1990, Bd. 2, S. 455.

⁴² HEIDEGGER (Anm. 34), S. 289 ff.

maht. Gerade auch dieses «autonome» Gewissen nährt sich aus der sprachlichen oder reflexiven Auseinandersetzung mit andern und mit der Art und Weise ihrer Welterfahrung⁴³. Seine menschliche, auch soziale Funktion kann das Gewissen nur erfüllen, wenn es nicht isoliert, sondern in den andern Orientierungshilfen, die dem Menschen gegeben sind, eingebettet wird: unsere sinnliche Wahrnehmung, die Fähigkeit zur Reflexion, aber auch zum Sprechen und Hören.

b. Die Tiefe der Gewissensfreiheit zeigt sich in ihrer Nähe zum Widerstandsrecht⁴⁴, diesem humanen Reservat gegenüber aller selbtherrlichen Staatsgewalt. SOPHOKLES' Drama *Antigone*⁴⁵ vergegenwärtigt besser als es alle Definitionen und Begriffe vermögen, Kern und Wirkung eines Gewissensentscheids. Antigone übt Widerstand gegen die hoheitliche Anordnung des Herrschers Kreon. Sie beruft sich auf ihr Gewissen. Dies ist mehr und etwas anderes als ein reiner Ausbruch spontaner Innerlichkeit, obwohl das Handeln Antigones ohne die auslösende und tragende Emotion, die leidenschaftliche Liebe zu einem Menschen, zum Bruder, nicht denkbar wäre. Die Dialoge mit Ismene zeigen eine diskursive Erarbeitung und Stärkung einer zunächst noch suchenden Gewissheit; die Auseinandersetzung ist – wie jeder echte Diskurs – von Toleranz getragen: Antigone anerkennt den gegenläufigen und auch begründeten Entschluss ihrer Schwester Ismene, sich nicht dem Widerstand hinzugeben, sondern den Gehorsam hochzuhalten. Antigone reflektiert ihren Entschluss schliesslich «vor den Göttern», also in einer zeitlichen Dimension, die jede Frage nach Zweckmässigkeit oder Dienlichkeit im gegenwärtigen Leben übersteigt. Sie berührt damit jene weite Zeitperspektive, in der sich alles Recht letztlich bewähren muss.

⁴³ Das dialogische Verständnis des Gewissens betont auch FRANKE (Anm. 22), S. 17 f.

⁴⁴ Instruktiv zum Widerstandsrecht z.B. ARTHUR KAUFMANN, «Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz», in: Ders., *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit*, Heidelberg 1991, S. 37 ff., insb. 44.

⁴⁵ SOPHOKLES, *Antigone*, übers. v. WILHELM KUCHENMÜLLER, Stuttgart 1955. Zur Erinnerung: Nach dem Tod der Ödipus-Söhne Eteokles und Polyneikes hat Kreon in Theben die Macht an sich gebracht und als erste Maßnahme ein Bestattungsverbot erlassen: Polyneikes, der an der Spitze eines fremden Heeres gegen ihn gekämpft hatte, darf nach Kreons Anordnung «nicht beweint und nicht begraben werden» (V 27). Antigone, Polyneikes Schwester, widersetzt sich Kreons Gebot, den Verräter unbeerdigt liegen zu lassen und bedeckt ihren Bruder zweimal mit Erde: Sie ruft ein altes religiöses Gesetz an, das die Menschen verpflichtet, tote Angehörige zu bestatten. Wegen dieser Missachtung von Kreons Verbot wird sie gefasst und zum Tode verurteilt. Im Drama *Antigone* des SOPHOKLES (441 v. Chr.) ist das humanitäre Bekenntnis enthalten: «Mitlieben, nicht mithassen ist mein Teil» (V 523).

c. Liegt das Recht im Sinne der Gerechtigkeit auf Kreons oder Antigones Seite? Stellt man die Frage so, wird sie im stets neu aufbrechenden Widerspruch zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen der notwendigen Autorität des formal gesetzten Rechts und dem Rechtsempfinden der Einzelnen unlösbar. Verlässt man hingegen die prinzipielle Ebene und die Vorstellung, die Gerechtigkeit müsse auf der einen oder andern Seite liegen und lässt man sich vom menschlich-ethischen Gehalt der Handlungen von Kreon und Antigone ansprechen, dann wird der Konflikt transparenter und anschaulicher: *Hier* ein existentieller Akt mit einem menschlich verständlichen Ziel, *dort* ein stures Durchsetzen eines Befehls um der Behauptung der eigenen Autorität willen. In Antigones Widerstand enthüllt sich erst die Willkür, Starrheit, Unverhältnismässigkeit und Eigengesetzlichkeit des staatlichen Befehls, der sich sonst in der alltäglichen Routine des Gehorsams verloren hätte. Antigone erhellt mit ihrem Handeln eine Kluft zwischen herrschender Ordnung und Menschlichkeit, die ohne ihren Gewissensakt in dieser Schärfe verborgen geblieben wäre; m.a.W.: das Unrecht zeigt sich in seiner ganzen Wucht erst im Leiden und Tod Antigones, in der Verletzung der Integrität eines Menschen im psychischen und physischen Sinn.

d. Aus juristischer Sicht kann keine positiv geltende Rechtsordnung – auch nicht im demokratischen Verfassungsstaat – den Widerstand gegen sich selbst anordnen oder legitimieren. Das Recht kann und soll Macht in Zügel halten, unantastbare Bereiche individuellen und sozialen Lebens definieren und verteidigen und gegen Willkürakte (auch justiziellen) Schutz bieten. In diesem Sinn ist Ziel des demokratischen Rechtsstaats, notwendigen Widerstand zu institutionalisieren. Zur Gewährleistung eines darüber hinausgehenden Widerstands ist die Rechtsordnung nicht imstande. Man kann sich fragen, ob eigentlichem Widerstand (im Sinne Antigones) jede Spekulation auf Erfolg oder nachträgliche Anerkennung verwehrt sei. Antigone baut nicht auf eine «Prämie», eine Abgeltung ihres Widerstands auf dieser Welt, etwa durch ein freisprechendes Urteil, eine Rehabilitation oder einen Gnadenakt. Sie «braucht» für ihren existentiellen Akt weder ein positiv geltendes Widerstandsrecht noch eine rechtlich sanktionierte Gewissensfreiheit. Das Paradoxe liegt darin, dass Antigone in der abendländischen Kultur dennoch als Mahnung an jene Grenze allen Rechts und staatlicher Macht gilt, die kein Herrscher straflos überschreiten darf.

e. Antigone steht auch im demokratischen Verfassungsstaat als Warnung vor aller Willkür, jeder Eigengesetzlichkeit des Rechts, vor jedem überspitzten

Formalismus des Gesetzes, jeder Unmenschlichkeit im Namen des Gesetzesbefehls: Es geht nicht nur darum, die Unverhältnismässigkeit rechtlicher Sanktionen zu denunzieren, die Verletzung menschlicher Pietätsgefühle durch ein zum Selbstzweck gewordenes Gesetz anzuprangern, sondern es geht auch um vitale Interessen einer lebendigen Rechtsgemeinschaft selbst: Antigone – wo immer sie auftritt – kann in ihrer Entschlossenheit auf den Rechtsschutz verzichten, aber der Rechtsstaat kann nicht auf das Leben der Antigone verzichten, auf ihre Kritik, ihre Mahnung zur Mässigung und ihrem Ruf, Recht nicht nach kurzfristigen Herrschaftsinteressen auszumessen. Im Gegensatz zu Antigone ist denn auch im Antiken Drama der Herrscher Kreon mit seiner ungebremsten Macht politisch und persönlich gescheitert. Die griechische Sage, von der Sophokles ausgeht, berichtet vom tragischen Ende des Kreon, seiner Macht und seines ganzen Geschlechts.

f. Mit der Gewissensfreiheit verweist der Verfassungsstaat nicht nur auf einen wesentlichen Aspekt der Unversehrtheit des Menschen, sondern zugleich auf die auch in säkularer Gesellschaft unentbehrliche Legitimationsquelle allen Rechts: die in diskursiver Auseinandersetzung und Reflexion geläuterte *Überzeugung* der Rechtsunterworfenen, die letztlich Grund für die Geltung und Impuls für die Weiterbildung der Rechts- und Staatsordnung ist. Die Demokratie hat darum ein eigenes Interesse an der Lebendigkeit des Gewissens; denn es geht um den Schutz des moralischen Nährbodens der Rechtsgemeinschaft und damit um die Grundlage eines konsensgetragenen Zusammenlebens⁴⁶. Freilich wird diese hohe Bewertung der Gewissensfunktion nur dann nicht Keim eines neuen Totalitätsanspruchs, wenn die Ambivalenz der Gewissensregung und ihre Konflikthaftigkeit sowohl im eigenen Ringen als auch in der Auseinandersetzung mit andern bewusst und anerkannt bleibt.

Die «*con-scientia*» der Gewissensfreiheit der Verfassung bedeutet nicht gleichsam mythische Teilhabe an einem vorgegebenen Wissen um das Richtige und Gute, sondern sie bezeichnet die individuell erlebbaren Elemente eines diskursiven Prozesses, in dem die Glieder einer Rechtsgemeinschaft das für sie letztlich Verbindliche und das für alle Zumutbare suchen.

⁴⁶ MORLOK (Anm. 2), Rz. 25; vgl. auch FRIDTJOF FILMER, *Das Gewissen als Argument im Recht*, Berlin 2000, S. 206.



COMMON CONSTITUTIONAL TRADITIONS IN EUROPE AS A SOURCE OF COMMUNITY LAW

ALESSANDRO PIZZORUSSO

Professor of Public Law, Pisa University

Contents:

1. Details of the system of Community law sources;
2. The roles of general principles and transnational law;
3. The case-law of the Court of Justice;
4. The introduction of Art. F (now Art. 6, n. 2) of the EU Treaty;
5. The notion of fundamental rights;
6. The protection of fundamental rights in European law;
7. The European Union project for a charter of fundamental rights.

1. Nowadays, there is very little doubt that the constitutional traditions common to the European continent have been very influential for the process of integration undertaken by the Community institutions, and subsequently pursued through the founding of the European Union. The links between this process and an intricate set of cultural factors, most of which can be traced to constitutional traditions of this type, are evident¹. What is less clear, however, is whether in this context these traditions can take on, from the legal point of view, a function similar to those underlying «sources of law» in the technical sense in which this term is usually used by lawyers. It is this problem that will be debated below.

¹ Cf. The conference proceedings of *Le patrimoine constitutionnel européen*, held in Montpellier, 22-23 November 1996, Strasbourg 1997.

Using the founding treaties of the three Communities and, later, of the European Union, a corresponding number of international organisations were also set up, each with their own individual characteristics² and legal systems. These are constituted by rules and principles deriving from a plurality of normative sources and most have been progressively unified into what has generally been called – sometimes rather approximately – «Community law». As well as directly establishing a set of provisions and norms, the constitutive treaties also foresee the competence of Community organs to issue «regulations» and «directives», constituting fully-fledged normative acts, made in respect of the rules deriving directly from the treaties. Treaties and normative acts given by Community organs thus form the first nucleus of a substantially unified system of sources, organised according to principles formulated by scholars referring mainly to state systems.

With respect to the generality of these latter, however, the system of sources of Community law can be distinguished by the fact that the source at the top is constituted by a treaty, or rather, by a set of treaties. These are acts that gain their normative force through agreement by the stipulating parties (that is, the Member States of the Union) on the basis of the principle of unanimity. This sharply contrasts with the demonstration of sovereignty underlying, in most cases, state constitutions³.

This set of circumstances has, however, led to a situation that is rather anomalous. It was initially brought to the attention of scholars after the case-law developed by the Court of Justice derived, in adopting their directions, first, the principle of direct effect of Community law within the limits of the states themselves and, second, the principle of the supremacy of the Community system with respect to the legal systems of the Member States⁴. Accord-

² Cf. ANTONIO TIZZANO, «La personalità internazionale dell'Unione europea», in: *II Trattato di Amsterdam*, Milan 1999, p.123 ff.

³ This is true even in the case of states that have been founded by treaties, whose constitutions have been adopted either completely or in part on the basis of these (such as Cyprus, the City State of the Vatican, and, a more recent example, Bosnia). It is normal in cases like these for the state, once it has become independent, to assume its own sovereignty; this allows it to modify the constitution even without the agreement of the states that helped to found it. In the case of the European Union – which to date is not a state (although it does resemble a state in some ways) – a development of this kind has not yet occurred.

⁴ The statement of the supremacy of Community law over the internal systems of the Member States, obviously inspired by the monist conception of international law, has

ing to this view, states, although exercising their sovereignty individually and organising their internal legal orders autonomously, are subject to Community law, which acts as a *supra* level source. This derives from the treaties, the normative content of which derives from unanimous agreement between the states.

When states are organised on the basis of the democratic principle, single members can (at least theoretically) participate directly or indirectly in the activity of drawing up binding norms, although they cannot exercise a determining role in relation to them, given the constraint of majority rule. In this case, however, each single state has the power to condition each and every modification of the constitutional framework to which it is subject. Thus, while, on the one hand (if one views states as the main protagonists of this scenario), this outcome might seem like a return to the most radical form of the social contract, it might, on the other (if the citizens are considered as the main protagonists), seem like a deviation from the democratic principle, precisely because of the lack of recognition for the voters' power to effectively influence, at least through forms of democratic representation, the constitutional activities of the Union.

Given the tendency of the constitutional structure of the Union to develop towards forms typical of democratic states, the supremacy of Community law with respect to state law was sharply redefined and limited (during the signing of the Maastricht Treaty in 1992). As a result, the role of the Court of Justice was circumscribed to controlling the enactment of provisions and norms forming the so-called «first pillar» and excluding those dealing with foreign policy, common security, and co-operation between police forces and judges in criminal matters (Art. L, now Art. 46, of the EU Treaty)⁵.

led to some difficulties within those states whose systems are inspired by the dualist conception. The case-law of the Italian Constitutional Court, for instance, has accepted the supremacy of Community law, in the sense that it recognises its applicability over Italian law even by Italian judges and officials. It has, however, reaffirmed the separation between the two systems (and the consequent non-involvement of Community law with respect to the Italian legal system and vice versa) and the possibility of placing limits on the application of Community law. A similar position has also been adopted by German constitutional case-law.

⁵ Although Art. F of the Maastricht Treaty followed the case-law of the Court of Justice, it also «constituted an important setback» on the possibility of inserting the protection of fundamental rights into Community law, BRUNO DE WITTE, «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», in: ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p. 859 ff, esp. p. 866.

2. Despite these difficulties, which are the result of some of the ambiguities intrinsic to the institution, the Community law system of sources has developed along lines that are very similar to those used by state systems. This has led to a discussion about the roles of legal precedents and general principles.

Concerning precedents, given the lack of any explicit provisions, the practice followed by most of the Member States (those with civil law systems) has generally been adopted. This does not recognise precedents as a source, but does accept them as being important for the systematic reconstruction of the legal system. This position is, in reality, not dissimilar to the function recognised to «persuasive» precedents⁶. It should, however, be remembered that the rejection of precedents as a source, which is the position of lawyers from the civil law countries, is due more to the consideration that they are the result of interpretative activity and not of political choice (which is instead the case of the law) than the fact that they produce effects which may be more or less similar to those of the law⁷. Be this as it may, however, it seems obvious that the authority of the precedents established by the Court (and also perhaps that of the *obiter dicta* contained in its judgements) is notably reinforced by the make-up of the panel and by the position it holds in the Community system.

As for the general principles, opinion is favourable to their recognition as sources, both within Community law⁸ and within some state systems, although several distinctions are necessary, above all in relation to the different type of treatment that the notion may receive in concrete cases. Thus, a distinction needs to be made between a first technique (sometimes explicitly foreseen by legislators, especially in reference to the norms on interpretation, where they are expressed in written form⁹, but generally accepted and widely used) that allows for a series of «principles» to be applied to cases that are

⁶ EDUARDO GHERA, «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia», in: *Giur.cost.*, 2000, p. 1193 ff, and other references there. The Italian Constitutional Court recognised the normative force of the interpretive principle established by the Court of Justice (judgment 23rd April 1985, n° 113, in *Foro it.*, 1985, I, 1600).

⁷ Cf. on this subject, GINO GORLA, *Precedente giudiziale*, entry in the *Enc.giur.Treccani*, XXIII, Rome 1990; MICHELE TARUFFO, «Dimensioni del precedente giudiziario», in: «*Scintillae iuris*». *Studi in memoria di GINO GORLA*, Milan 1994, I, p. 383; UGO MATTEI, *Precedente giudiziario e «stare decisis»*, in: *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIV, Turin 1996, p. 148 ff.

⁸ GIORGIO GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Rome 1996, p. 96 ff.

not regulated explicitly (the so-called *analogia iuris*, compared to *analogia legis*, which leads to the application of the rule foreseen for one case when this is compared to another, but which is not envisaged by normative texts)¹⁰ and which must be deduced from the complete set of rules forming the system. The second technique, used mainly by legislators, consists in first fixing the principles and then, through a different source (often of a lower level), the rules used to apply them¹¹.

In Community law this last technique is applied specifically to «directives», through which Community organs identify objectives to be reached, leaving it up to the states to decide on the means and forms to achieve this. This kind of normative act is made concrete in Art. 249, previously Art. 189, EU Treaty; however, case-law and doctrine have deduced that it is not immediately binding on the Member States, which must make it applicable through internal laws. Doubts persist, however, in relation to the similarity of normative content between directives and regulations (which are held to be immediately applicable once they become effective, according to example Art. 254, example Art. 191, EU Treaty, with the consequent derogation of the general principle whereby the specification of the normative force of the sources are dependent on their formal requirements) and *vis-à-vis* any eventual «horizontal effects» (in the case that the directives are more exclusive, at any rate as direct effects, with consequent difficulties of a systematic order).

The Court of Justice has also used the technique defined by comparative doctrine as a recourse to «transnational law»¹², according to which a rule established within one order can be applied in another even if it has not been explicitly foreseen by the law in force in the country in which the judge is working (or else a rule common to several orders can be interpreted in one way rather than another), as the effect of a cultural influence which induces judges working in a particular country to receive concepts or, as in this case, principles developed elsewhere. Referring to a specific case, the application

⁹ Cf. for example, Art. 12 of preliminary provisions of the Italian Civil Code.

¹⁰ NORBERTO BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin 1960, p. 176.

¹¹ Cf. ALESSANDRO PIZZORUSSO, «I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicista», in: *I principi generali del diritto*, Rome 1992, p. 239 ff.

¹² ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2nd ed., Milan 1998, p. 321 ff, and other references, including P. HABERLE, «Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca in materia di diritti fondamentali», in: *Giur. Cost.*, 1996, p. 2881 ff, esp. p. 2899-2900.

of this technique is explicitly foreseen by a provision of the EU Treaty (Art. 288, par. 2, previously Art. 215), in which it is however limited by the circumstances according to which the principle must be deduced not from any cultural tradition, but only from those belonging to the Member States of the Union, and it is necessary that these be traditions «common» to all the states.

3. This technique has been applied by the case-law of the Court of Justice in several cases that have become particularly important in relation to general principles in the area of the protection of fundamental rights, compensating for the lack of a charter of rights applicable to the Community system.

It is in these cases, in particular, that the Court has referred to «constitutional traditions common to the Member States», indicating that this path could well be open to other wider ranging applications¹³. Indeed, it can be seen that the Court of Justice has used the general principles as they are described here as sources capable of producing norms which are immediately operative as law in the Community system, and thus, on the basis of the principle of the supremacy of this system and of the principle of direct effect, also in the Member State systems. Naturally, the presupposition of the application of the principles and rules resulting from these traditions to a certain paradigm is that the Court is competent to judge on the paradigm itself, and that it has been invested by the question through a regular petition, etc. However, these conditions are not generally considered as a factor underlying the theoretical delimitation of a source of law, but only as a circumstance capable of influencing the practical effectiveness of this, that is, the validity of the normative acts that it produces.

4. After this case-law had been consolidated, the «European Union Treaty» evoked the «constitutional traditions common to the Member States» of the Union itself in a provision aimed at establishing what its attitude towards the «fundamental rights» should be. Specifically, Art. 6, n° 2, of the version of the treaty currently in force states that «the Union respects fundamental rights

¹³ EU Court of Justice, 17th December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, and others, in: M. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Turin 1994, p. 71 ff. On the same topic, cf. GIROLAMO STROZZI, «La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli stati membri», in: *Scritti degli allievi in memoria di GIUSEPPE BARILE*, Padoue 1995, p. 716 ff; DE WITTE (fn. 5), p. 859 ff.

which are guaranteed by the European Convention to safeguard the rights of man and the fundamental freedoms, signed in Rome on 4th November 1950, and which derive from the constitutional traditions common to the Member States, in that they are general principles of Community law»¹⁴.

Although on first reading this provision seems to acknowledge and strengthen the above orientation of the case-law, it should be observed that Art. 46, lett. d), of the EU Treaty (previously Art. L) instead introduces a limiting criterion on the effectiveness of this source when it states that the Court of Justice can apply the provision of Art. 6, n° 2, «only with regard to the activity of the institutions»¹⁵. The doctrine that has analysed this notion does not, moreover, recognise a source of law in constitutional traditions, but rather a notion with cultural characteristics¹⁶.

In reality, it is clear that the provision, made concrete by the cited norm of the treaty, makes explicit common constitutional traditions and the protection of fundamental rights, but that it neither constitutes a new Community source nor codifies the source deriving from the case-law of the decisions of the Court of Justice. This is extremely clear (in relation to the protection of rights) in the recent debate that has surrounded whether it would be appropriate for the European institutions to formally comply with the European Convention in relation to the safeguarding of the fundamental freedoms and rights of man; in other words, whether it should proceed to acknowledge the relevant principles, transforming them into Community law¹⁷. The Court of Justice has intervened in this debate to state that the Community organs cannot comply with the Convention because the matter of fundamental rights goes beyond their competence, so that, if there is a desire to insert it into Community law, the constituting treaties will need to be modified¹⁸.

¹⁴ This provision was adopted in the Maastricht Treaty on 7th February 1992, established in Art. F, n° 2.

¹⁵ Cf. DE WITTE (fn. 5), p. 885, according to which the words «with regard to action of the institutions» are somewhat enigmatic.

¹⁶ Cf. DOMINIQUE ROUSSEAU, «La notion de patrimoine constitutionnel européen», in: *Le patrimoine constitutionnel européen*, (fn. 1), p. 34; JEAN-CLAUDE GAUTRON, *Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *ibid.*, p. 166.

¹⁷ STROZZI (fn. 13), p. 677 ff, esp. p. 682-683, 731-732.

¹⁸ EU Court of Justice, 28th March 1996, n° 2/94, in: *Foro it.*, 1997, IV, 13.

Therefore, if the principles of the European Convention (and, more generally, all those deriving from the common constitutional traditions) have been considered as capable of being applied as general principles of Community law by the case-law of the Court of Justice, it seems unlikely that they were receded to the level of mere cultural factors by Art. F of the Maastricht Treaty and by the interpretation of the norms of the treaties which were subsequently adopted. It could, however, in any case, be maintained that they continue to operate at the very least as transnational law.

The Community organs seem to have followed these lines of argument when they subsequently foresaw a series of activities aimed at developing a «Charter of Rights», destined to be inserted into the treaties¹⁹. The project dealing with a declaration of rights was developed by the «Convention» set up in this aim, and it should have been adopted by December 2000; it confirms the position of the Court of Justice, indicating as possible sources of law, together with the two mentioned in the text above, the European Union Treaty, other Community treaties, the social charters adopted by the Communities and the European Council²⁰, and the case-law of the Court of Justice of the European Communities and the European Court of the Rights of Man²¹. In the list contained in this, the common constitutional traditions of the Member States come at the top²².

5. The German term *Grundrechte* (expressing a notion to be translated in English as «fundamental rights») indicates, in a summarised form, that a set of rights which over history (and above all during the last two centuries) has been guaranteed or protected to some extent by specific declarations (or «charters»). These have generally been accorded constitutional importance in the

¹⁹ The adoption of a European Charter of Fundamental Rights was decided by the European Council of Cologne on 3-4 June 1999. In the following meeting at Tampere on 15-16 October 1999, the composition and working method of the organ that would be set up to develop the project were decided. These were examined by December 2000.

²⁰ This is the European Social Charter (Council of Europe) adopted in Turin on 18th October 1961 and reviewed on 3rd May 1996, and the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 9th December 1989 (approved by heads of state and governments of the EU).

²¹ On the role of case-law in Community law, see *supra*, text and notes 5 and 6.

²² Cf. the fifth paragraph of the Preamble of the Charter project.

legal systems of the countries in which they have been adopted²³. In a more recent phase, «catalogues of rights» are normally included in constitutional texts, or rather, they form part of the *bloc de constitutionnalité* (this term indicates the set of rules and principles which – where a complete discipline is not included in the real constitution – such a catalogue is derivable)²⁴. In other words, they derive from multilateral international treaties or from acts that are stipulated in other forms coming from international law.

The expressions that are used in different languages²⁵ to indicate this set of rights (or «liberties») derive from the respective traditions, which are obviously not completely identical, but do correspond to the same legal notion. Greater variations can be found in the normative contents of such declarations (to which specialist declarations for specific areas can sometimes be added) and in the measures for protection foreseen to guarantee respect. However, the function of the component of the country's constitution, which forms the main feature, is still theirs, even where there is no written constitution. Given the great importance that has, in the most recent historical phase, been attributed to state orders, even the international declarations for the protection of the rights of man are mainly realised – at least on the legal level – through their reception by the state systems and the instruments of international law, foreseen to sanction the states that do not respect them, operating mainly through state provisions that implement decisions taken in international settings.

6. While the use of constitutional traditions common to the Member States by the case-law of the Court of Justice has been substantially that of a legal precedent endowed with a high level of persuasiveness (and is thus virtually the same as a source), the call to the same traditions contained in Art. 6, n° 2,

²³ Cf. GIOVANNI PUGLIESE, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani» (paper presented at the extraordinary international conference on procedural law, for the 9th centenary of the University of Bologna) in: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 619 ff.

²⁴ On this idea, cf. LOUIS FAVOREU, «Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», in: *Recueil d'études en Hommage à CHARLES EISENMANN*, Paris 1977; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», in: *La forma del poder*, Madrid 1993, p. 99 ff.

²⁵ The English expression «Human Rights» (or «Civil Rights»), the French expression «Libertés publiques», etc., correspond to the German expression «Grundrechte» more or less exactly.

of the EU Treaty does not lead to the transformation of the principles and rules resulting from them into a source of European law. This would be the case if these provisions expressed a true and proper clause of «reference» (destined as such to «receive» the normative content of such traditions and to transform it in European law). The «respect» that the Union owes to these traditions, as well as to the European Convention, in that they are sources of «fundamental rights», does not however imply that the rules or principles through which such principles are expressed – or could be – constitute part of current European law. Even less implied is a hypothetical «constitution» of the European Union²⁶, and this conclusion is clear in the specification that the final part of the provision makes of the fundamental rights (*rectius*, of the expressions that describe them as such) as «general principles of Community law».

Rather than a clause of reference, this link in reality suggests to judges and other individuals working in law that they should use the Convention and other common constitutional traditions as privileged «instruments of interpretation». This type of use is undoubtedly possible even without needing to have recourse to an explicit clause, as far as the circulation of the legal models available among the different orders constituting the result of the influences of a cultural nature and giving rise to the «transnational law» discussed above, is concerned. In this case it makes no difference whether the influence develops from constitutional traditions to Community law, or from the system based on the European Convention to state systems or to that of the European Union.

The range of Art. 6, n° 2, consists in the specification of a set of trends of which all the organs of the Union should take into account, but which do not

²⁶ This was understood not only in the sense of a set of fundamental principles and rules that can be found in any legal system, but in the sense of a set of principles and rules capable of expressing a power that can be described as «sovereign» with the meaning that this expression generally has when it is used in reference to states. One can certainly already talk of a European constitution also in the first sense, and this is frequently confirmed by the doctrine (cf. for example, SABINO CASSESE, «La Costituzione europea», in: *Quaderni costituzionali*, Bologna, 1991, p. 487 ff; the statements made by the Court of Justice, of the type contained in the decision on suit 294/83, *Parti ecologiste Les Verts*, 1986, 1339, also go in this direction), but in a very different meaning.

on their own constitute European law²⁷. This conclusion is confirmed in the long-standing debate that has developed around the other object of «respect» in the Union, the European Convention, which maintains an uncontroversial position outside the boundaries of European law, despite the repeated declarations of respect (and similar statements) formulated in its regard by the Community organs. As clarified in the opinion of the Court of Justice mentioned above²⁸, the Union cannot comply with the European Convention – as though they were a state – since its competencies are limited to those foreseen by the treaties and these do not confer on the Communities any competence in regard to fundamental rights. It was on precisely this opinion that the European Council based its decision to provide the Union with its own «charter of rights», through procedures that are still ongoing. The charter was aimed at compensating for the impossibility of rendering the European Convention and other texts of this kind with which Member States comply individually, legally effective within their own legal system.

7. However, not even the above-mentioned project for this type of charter explicitly establishes if it will have normative force in the law of the Union (and if so the type of normative force), and thus whether it can be considered

²⁷ The option that a document developed according to international law can take on the characteristic of effective law, or that of an orienting act, is admitted by international doctrine, which singles out the presuppositions for its having either one effect or the other. Among the documents treating the theme of the guarantee of fundamental rights with only orienting effects (namely, that they constitute *soft law*) can be seen in the UN Universal Declaration of 1948, the Final Act of the Conference of Helsinki of the CSCE, etc. In the area of state law, the description of provisions of principle dictated by the Constitution or other similar texts as «programmed provisions» implying a trend directed towards the ordinary legislator, but lacking any direct or immediate legal effects, was widespread in European systems. Despite this, the spread of the control on the constitutionality of laws in the post-war period tended to lead to affirmations about the capacity of provisions of principle contained in the constitutions to produce legal effects, consisting at least in the abrogation or lack of constitutionality of the subordinated provisions compatible with them. Examples of this change of direction can be seen in judgement N° 1/1956 of the Italian Constitutional Court (*Foro.it.*, 1956, I, 833) which reversed the legal direction adopted by the Italian Supreme Court (which had treated as simply programmatic most of the provisions of the 1947 Constitution guaranteeing fundamental rights). A second example can be found in the judgement of the *Conseil constitutionnel* of 16th July 1971 (*Foro. It.*, 1971, IV, 253), which described as effective law the 1978 *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, up to that point considered as simply programmatic.

²⁸ EU Court of Justice (nf. 9).

as a source of Community law. This will predictably depend, over and above its contents, on the form it will take and only if this form consists in a modified version of effective treaties will it be possible to claim that its stated objective has been fulfilled.

Nevertheless, Art. 51, n° 2 of the project does seem to be aimed at neutralising this eventuality, by stating that the charter will not determine any new power or goal for the Community or the Union. Neither will it modify the powers or goals enforced by the effective treaties, even if this provision seems to be in complete contradiction – not only with the actual adoption of the charter – with n° 1 of the same article. This latter states with great accuracy who the beneficiaries are, indicating these in the European institutions (having taken into due account the principle of subsidiarity) and the Member States (even if only in the places where Community law is put into effect), and adding that the European institutions and Member States, within the above-mentioned limits, will respect the rights, observe the principles and promote the application in exercising the respective competencies. It is clear that if the projected charter should not produce any effects, there would be no need to state such a rule.

Other statements in the charter, operating to produce opposite effects to this neutralisation, show that – in some cases quite explicitly – the charter guarantees rights and freedoms. This is clear, for example, in various sections of the Preamble, in which it is stated in general terms that the legal persons are holders, on the basis of the projected charter, of the rights and freedoms specified further down. Clearly such rights cannot be only those expressed in treaties already in force, which do not deal at all with several of the areas constituting the regulatory matter in this case. If the charter is adopted, it will be the duty of the Community and national jurisdictions to specify its range. However, on the basis of the common constitutional traditions, it is unlikely that its innovative force will be completely ignored.

These considerations highlight the fact that it is difficult to give any clear answer, given the current state of affairs, to the question stated at the beginning of this paper, although the description of the case has shown that many useful arguments can be brought to bear in support of the recognition of European constitutional traditions as sources of Community law, on the basis of the precedents established by the case-law of the Court of Justice. An

intervention of a «legislative» or «constitutional» type that could be adopted through the modification of treaties could certainly make this conclusion stronger, on the condition that the treaties do not take any steps backwards with respect to what has already – or seems to have been – substantially acquired.

III. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACTIVITÉ ÉTATIQUE

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE: QUEL INTÉRÊT POUR LA SUISSE?

PIERRE-YVES GREBER

Professeur à l'Université de Genève

I. Une discussion indispensable, mais dans une situation ambiguë

1. Parmi les axes de recherche qui traversent l'œuvre du Professeur CHARLES-ALBERT MORAND figurent les principes directeurs de l'activité étatique. Or, il se trouve que celui qui travaille dans le domaine de la sécurité sociale – apparemment très technique et en changements continuels – est aussi amené à s'interroger sur l'existence de grands principes, qui indiqueraient un fil conducteur. En considérant l'environnement de la sécurité sociale, la théorie générale, le droit international, l'évolution des systèmes, cela implique d'essayer de distinguer les éléments fondamentaux de la sécurité sociale et les aspects techniques, variables. Est-il possible de mettre en évidence le cœur même de la sécurité sociale?

2. Si cet exercice trouve une réponse, quel en serait l'intérêt? En plus d'un apport théorique, cela permettrait avant tout de dégager des références indispensables à toute réforme de la sécurité sociale, qu'elle soit menée sur le plan international (par exemple faut-il et comment réviser les grands instruments de l'Organisation internationale du Travail?¹), sur un plan régional (quid par

¹ Voir par exemple: MICHEL VOIRIN, «Les normes internationales de sécurité sociale à l'épreuve du temps», in: FRAGNIERE (éd.), *Réalités sociales. Repenser la sécurité sociale*, Lausanne 1995, p. 85 ss; JEF VAN LANGENDONCK, «Le rôle des organisations internationales dans le développement de la sécurité sociale», *op. cit.*, p. 97 ss; PIERRE-YVES GREBER, «Le droit international de la sécurité sociale adopté pendant la période 1990-2000», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, n° 25-2000, p. 59 ss.

exemple de la place de la protection sociale dans le cadre de la Communauté européenne, du Traité de Rome à celui de Nice²) ou sur un plan national (comment réviser l'assurance-vieillesse et survivants [AVS], lors de sa 11^{ème} révision et au-delà, sachant qu'elle est l'une des grandes institutions «qui font la Suisse» contemporaine³).

3. Dans les pays industrialisés, cette interrogation sur les principes directeurs est posée dans un contexte paradoxal: d'un côté, depuis l'émergence de la sécurité sociale au milieu du XX^{ème} siècle, nos pays n'ont jamais disposé d'autant de ressources en richesse créée, en moyens techniques (cf. l'apport de l'informatique), en qualifications et en expériences. Certes, l'évolution démographique, le coût de la médecine, la situation de l'emploi posent des problèmes bien réels. Mais nos Etats au début du XXI^{ème} siècle sont nettement mieux à même d'y faire face, en termes de capacité⁴. Pourtant, d'un autre côté, il est régulièrement allégué que les systèmes de sécurité sociale n'arriveront pas à faire face à leurs tâches, que le paiement dans le futur des retraites est bien aléatoire et qu'il sera difficile de soigner singulièrement les plus âgés d'entre nous. L'explication principale doit-elle être recherchée du côté du politique? Pour reprendre les termes de MICHEL ALBERT, le capitalisme au sens du «modèle américain» (USA) est-il en train de l'emporter sur le «modèle rhénan»?⁵ Par exemple, les Anglo-saxons ont-ils «abandonné» la sécurité sociale? Ils ont joué un rôle constructif décisif lors de son émergence: il suffit de rappeler le *Social Security Act* des Etats-Unis de 1935, le *Social Security Act* de Nouvelle-Zélande de 1938, le fameux Plan Beveridge «*Social Insurance and Allied Services*» de 1942⁶. Pourtant, depuis les «années REAGAN et THATCHER», l'observateur sera forcé de constater un changement (complet?) d'orientation dans ces pays, qui en influence bien d'autres. HUGUES DE JOUVENEL

2 YVES CHASSARD, «La protection sociale dans l'Union européenne: tendances récentes et perspectives», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, n° 18-1997, p. 7 ss; FRANS PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, 2^{ème} éd., Kluwer Law International, La Haye 1998.

3 PIERRE GILLIAND, «Financement de l'AVS. Œuvre sociale majeure et débats récurrents», in: *Aspects de la sécurité sociale, bulletin de la FEAS*, 4/2000, p. 20 ss.

4 Cf. par exemple l'observation, à propos de la Suisse, de PIERRE GILLIAND, «En un demi-siècle, le nombre de cotisants passe d'environ six à quatre pour un bénéficiaire de rente (AVS), car la population vieillit. Avec la croissance économique, le produit intérieur brut quadruple en termes réels durant cette période». GILLIAND (note 3), p. 21.

5 MICHEL ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Seuil, Paris 1991, p. 14, 25-26.

6 JEAN-JACQUES DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 13^{ème} éd. par ROLANDE RUELLAN, Dalloz, Paris 1998, p. 49 ss.

craint que les décideurs ne se rendent pas compte que l'accroissement des inégalités est en train de disloquer nos sociétés⁷. JEF VAN LANGENDONCK erre-t-il quand il estime que l'accent est mis seulement sur les coûts et non sur la protection: «*By looking unilaterally at economic phenomena with the eyes of managers of enterprises, one tends to see only the cost aspect of social security and to forget the income aspect [...]. What really happens is that economists are as vulnerable to social myopia as the ordinary citizen. They are more sensitive to the complaints of the powerful groups in society than to those of the lower classes. Social security is and has to be a system to protect existence. It clearly has to give benefits to the weaker groups and to put the burden mainly on the stronger groups.*»⁸ Sommes-nous d'ailleurs conscients que chacun dans le groupe «fort» peut s'affaiblir en tout temps (maladie, invalidité, divorce, décès, chômage, âge...)?

4. Dans les pays en développement voire dans certains pays en transition particulièrement difficile, l'interrogation sur les principes directeurs se pose dans un tout autre contexte. Plutôt que de questions de choix, il semble tout simplement que toute capacité (économique, institutionnelle) fasse défaut et que la sécurité sociale relève au mieux de l'utopie. Pourtant la situation peut évoluer: certains pays nouvellement industrialisés l'ont montré (Corée⁹, Taiwan), les délégués du Sud aux réunions de l'Association internationale de la sécurité sociale (AISS/ISSA) se font davantage entendre; les rapports sur le développement humain du PNUD (Nations Unies) montrent des capacités de lutter contre la misère qui sont maintenant présentes¹⁰; l'étude d'une autre répartition des richesses progresse, même si c'est encore en théorie¹¹.

⁷ HUGUES DE JOUVENEL, «La société disloquée», *Futuribles*, 1995, n° 201, p. 3-4.

⁸ JEF VAN LANGENDONCK, «Synthesis Report», in: *Le modèle nordique de sécurité sociale dans une perspective européenne*, Institut européen de sécurité sociale, Annuaire IESS/EISS Yearbook 1994, Acco. Louvain 1995, p. 271 ss (p. 283-284).

⁹ DONG-MYEON SHIN, «Crise financière et sécurité sociale: le paradoxe de la République de Corée», in: *Revue internationale de sécurité sociale*, 3/2000, p. 97 ss.

¹⁰ Rapport mondial sur le développement humain 1998. Publié pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) par Economica, Paris 1998: «le coût annuel de la suppression de la misère dans le monde est estimé à 40 milliards de dollars US, soit 0,1 % du revenu mondial» (cf. p. 41).

¹¹ ALAIN EUZEBY, «Le financement de la protection sociale et l'emploi à l'épreuve de la mondialisation de l'économie», in: *Association internationale de la sécurité sociale (AISS), Conférence internationale de recherche en sécurité sociale «an 2000»*, Helsinki 2000, Genève 2000, p. 53 ss (p. 65: La nécessité d'un Fonds social international).

5. C'est dire que la réflexion sur les principes directeurs de la sécurité sociale s'inscrit dans une situation complexe, tout autant juridique, économique, politique, sociale, démographique que culturelle. Le domaine ne relève pas de la nature, mais de la civilisation, comme le souligne très bien PIERRE GILLIAND: «Le social est une acquisition récente dans l'histoire de l'humanité, longtemps dominée par la peur et les violences, par la faim et les fléaux naturels, par la détresse, l'arbitraire et les incertitudes. Le social est le fruit d'une lente conquête de civilisation, de justice, de prévoyance. Il est devenu l'un des fondements des sociétés modernes, la caractéristique du développement»¹² [...]. La discussion et l'accord sur des valeurs sont indispensables: quelle place pour la sécurité d'existence, la solidarité, l'égalité (en général, entre femmes et hommes, entre nationaux et étrangers)? Quid de l'évolution des deux grands piliers de la protection sociale constitués par la famille et le travail?¹³

6. Compte tenu du contexte qui vient d'être mis en évidence, compte tenu que les besoins de protection sont liés à la condition humaine, qu'ils évoluent, comment permettre aux systèmes de sécurité sociale d'être au service des populations tout en étant supportables sur le plan économique et acceptés sur le plan politique? Le défi est celui du maintien, viable sur le long terme, d'un instrument indispensable d'humanisation. La mise en évidence des principes directeurs de la sécurité sociale est une étape indispensable dans la recherche des réponses. Vu les contraintes de place assignées à cette étude, seule une synthèse sera proposée¹⁴.

¹² PIERRE GILLIAND, «Revenu minimum vital», *Cahiers de l'IDHEAP*, n° 69, Institut de Hautes Etudes en Administration Publique, Lausanne 1991, p. 1.

¹³ ASSOCIATION INTERNATIONALE DE LA SECURITE SOCIALE, «*Sécurité sociale, famille, individu: un nouveau partage des responsabilités*», Luxembourg 1999, Genève 1999.

¹⁴ PIERRE-YVES GREBER, «Les principes directeurs de la sécurité sociale», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, n° 20-1998, p. 7 ss.

II. Les principes directeurs de la sécurité sociale

A. Une proposition

7. Au vu de la théorie générale¹⁵, du droit international¹⁶ et de l'évolution des systèmes nationaux^{17, 18}, *la pyramide suivante* peut être proposée:

- à son *sommet* figure le droit de chaque être humain à la sécurité sociale;
- puis, trois principes directeurs portent respectivement sur: la garantie des soins de santé; la garantie d'un revenu social de remplacement et celle de ressources de base; la garantie d'insertion et de réinsertion;
- enfin, quatre principes directeurs servent les précédents: le principe de l'égalité de traitement (singulièrement entre femmes et hommes, entre nationaux et non nationaux); le principe de la solidarité; le principe de l'affiliation obligatoire ; la responsabilité de l'Etat et la participation.

8. Tous les principes directeurs *n'ont pas la même importance*, le plus fondamental étant évidemment le droit même à la protection. Mais ils forment ensemble une construction, que l'on peut appeler le cœur de la sécurité sociale. En effet, leur absence atteint la substance même de l'institution (par exemple non-respect de l'universalité) ou la dénature (par exemple si la solidarité fait défaut). Mais il s'agit là d'une architecture générale, des variations sont concevables (par exemple un régime est fondé sur la solidarité, un autre, le complétant, sur l'équivalence; par exemple la protection est obligatoire jusqu'à un certain niveau, un relais est pris par des protections facultatives).

¹⁵ Les grands maîtres dans ce domaine sont notamment WILLIAM BEVERIDGE, JEAN-JACQUES DUPEYROUX, PAUL DURAND, GUY PERRIN.

¹⁶ L'ouvrage central ici est celui de GUY PERRIN, *Histoire du droit international de la sécurité sociale*, tome V de *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, Paris 1993 (ce livre va au-delà de l'approche historique et analyse le droit international).

¹⁷ Voir par exemple, JEAN-PIERRE DUMONT, *Les systèmes de protection sociale en Europe*, 4^{ème} éd., Economica, Paris 1998; *Introduction into the Social Security Law of the Member States of the European Community*, PIETERS (éd.), 2^{ème} éd., Maklu Uitgevers, Anvers 1993; L'AISS édite deux fois par an un CD-ROM, «Sécurité sociale dans le monde».

¹⁸ Le droit communautaire de la sécurité sociale, limité, apporte, sur certains points, une contribution.

Ces variations ne devraient cependant que concerner le troisième type des principes, ceux qui servent les plus fondamentaux.

9. L'utilité peut être double:

- il y a une *dynamique* pour l'élaboration et le développement d'un système de protection, amené progressivement à réaliser les principes directeurs; le chemin peut être très long à parcourir (cf. les pays en développement);
- il y a aussi une sorte de *verrou* ou de garde-fou en cas de révision d'un système: par exemple l'abandon de la solidarité et de la responsabilité de l'Etat signifierait le passage de la sécurité sociale à celui de l'assurance privée, une autre forme de protection, tout à fait respectable, mais qui n'a pas les mêmes finalités, principes et résultats.

10. Comme relevé, cette manière de décrire les principes directeurs trouve sa source dans la théorie générale, le droit international (parfois communautaire), les systèmes nationaux. Le regard peut considérer *une cinquantaine d'années*, depuis l'émergence de la sécurité sociale au milieu du XX^{ème} siècle, avec des racines plus anciennes (la création de l'assurance sociale à la fin du XIX^{ème} siècle). Il semble que seul le courant néo-libéral contesterait cette approche, lui préférant les seules responsabilité et protection de conception individuelle.

B. Le droit de chaque être humain à la sécurité sociale

11. Le principe directeur le plus fondamental est donc le droit de chaque être humain à la sécurité sociale. Son élaboration a représenté une longue histoire. Ainsi, la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail* (OIT), adoptée en 1919, est centrée sur la protection du travailleur, avec une certaine extension en faveur de sa famille. A cette époque correspond la mise en place de régimes d'assurances sociales, inspirés par le modèle de Bismarck¹⁹.

¹⁹ EBERHARD EICHENHOFER, *Sozialrecht*, 2^{ème} éd., Mohr Siebeck, Tubingen 1997, p. 17 ss; GUY PERRIN, «L'assurance sociale – ses particularités – son rôle dans le passé, le présent et l'avenir», in: *Beiträge zu Geschichte und aktueller Situation der Sozialversicherung*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1983, p. 29 ss.

12. Une étape importante est franchie en 1944/1946. En 1944, la Conférence générale de l'OIT adopte la *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail*, connue sous le nom de Déclaration de Philadelphie. La perspective s'élargit; le texte relève notamment que: «la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous» (I, lettre c); «tous les êtres humains [...] ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales» (II, lettre a). L'accent est dès lors mis sur «l'extension des mesures de sécurité sociale en vue d'assurer un revenu de base à tous ceux qui ont besoin d'une telle protection, ainsi que des soins médicaux complets» (III, lettre f). En 1946, la Déclaration est *formellement annexée à la Constitution* de l'OIT et l'art. 1 par. 1 de celle-ci dispose dorénavant que l'Organisation est chargée de travailler à la réalisation du programme exposé tant dans le préambule (de 1919) que dans la Déclaration (de 1946). Ce passage est extrêmement important: depuis ce moment, *la compétence de l'OIT s'élargit à la protection de l'ensemble des êtres humains*, ce qui va permettre à cette Organisation internationale de jouer un rôle majeur pour l'émergence du concept de sécurité sociale, sa diffusion dans le monde entier et pour le guidage des systèmes de protection des Etats membres^{20, 21}.

13. Il appartiendra aux Nations Unies d'achever magistralement cette longue évolution: en 1948, avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (art. 22 et 25) et en 1966 avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (art. 9), *le droit à la sécurité sociale est reconnu à chaque être humain, en cette qualité*. Face à la persistance de discriminations, tenant compte des besoins particuliers des enfants, les Nations Unies remettent l'ouvrage sur le métier: la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) contiennent toutes des normes sur la sécurité sociale, le fil conducteur étant la reconnaissance à chacune et à chacun du droit à la protection. Un grand

²⁰ NICOLAS VALTICOS, *Droit international du travail*, 2^{ème} éd., tome 8 du *Droit du travail*, Dalloz, Paris 1983, n° 102; GUY PERRIN, «Les fondements du droit international de la sécurité sociale», *Droit social* 1974, p. 479 ss (p. 480-481).

²¹ Voir aussi: JEAN-MICHEL BONVIN, *L'Organisation internationale du Travail*, Presses universitaires de France, Paris 1998, p. 38 ss.

principe est ainsi formalisé, qui montre le but à atteindre, celui de l'universalité. Mais l'on sait que ce droit international a besoin de l'adhésion des Etats pour être effectivement réalisé. Ceux-ci peuvent être encouragés par leur société civile, si elle a conscience des enjeux et si elle peut s'exprimer. Il est aussi clair que le but indiqué est très exigeant. D'où *l'utilité d'une concrétisation par étapes, guidée par des instruments normatifs* capables «d'accueillir» des législations très diverses, de tenir compte de niveaux de développement économique tout autant divers. C'est un terrain sur lequel l'OIT s'est utilement profilée, adoptant dès 1944 (Recommandations OIT n° 67 sur la garantie des moyens d'existence et n° 69 sur les soins médicaux) et 1952 (Convention OIT n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale) une série d'instruments construisant cette reconnaissance du droit à la protection. L'OIT a aussi réussi à mettre en place des normes supérieures, lesquelles guident les Etats les plus développés, à traiter de certaines questions (travail à domicile, travail à temps partiel, travailleurs âgés) et à commencer à réviser ses grands instruments, sans démantèlement malgré un environnement politique et économique guère favorable (maternité, en 2000)²².

14. *L'ONU et l'OIT peuvent ainsi se prévaloir d'une action concertée* destinée à faire reconnaître à chaque personne le droit à la sécurité sociale. Si l'on considère la référence faite aussi aux assurances sociales à l'art. 9 du Pacte susmentionné²³ et les différents niveaux des normes OIT, le droit ne se limite pas à un «filet de sécurité», aussi important soit-il, mais il vise *une protection plus substantielle*. L'impact sur les législations est incontestable.

15. Cependant, à l'heure actuelle, ce premier principe directeur est confronté à *deux défis importants*:

- tout d'abord, *l'universalité n'est pas réalisée dans les faits*. Si elle est pratiquement acquise en Europe de l'Ouest et Centrale, en partie dans les autres pays industrialisés, c'est la situation inverse (une minorité protégée) qui prévaut dans les pays en développement. Le BIT met dès lors l'accent sur la «nécessité d'étendre la couverture sociale», en recommandant: le soutien aux régimes d'assurance mutuelle financés par les travailleurs du secteur informel («microassurances»); la promotion de

²² Voir la note 1.

²³ JEAN-JACQUES DUPEYROUX, «Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et les pactes internationaux», *Droit social* 1960, p. 365 ss (p. 372).

mesures d'atténuation efficace de la pauvreté; la réforme des régimes légaux d'assurance sociale et leur élargissement graduel à tous les salariés; le développement de la participation à la protection sociale et à la politique y relative^{24, 25}.

- ensuite, *il est fortement contesté sous l'angle de sa légitimité et de sa capacité*, par le courant néo-libéral. L'universalité tendrait à faire de chaque individu un assisté en puissance, attendant de l'Etat une protection complète contre tous les risques de l'existence. Le vieillissement des populations, la globalisation de l'économie conduiraient les systèmes sociaux actuels dans une impasse et nécessiteraient le recentrage sur les plus défavorisés. Ce courant est marqué dans les pays anglo-saxons depuis de nombreuses années, il influence certaines organisations internationales et sert souvent de référence générale²⁶, l'Union européenne elle-même ne s'en démarque guère²⁷.

16. Ce double défi doit être pris très au sérieux, car il se place sur les terrains de la capacité et de la légitimité des systèmes de sécurité sociale. Le Bureau international du Travail²⁸ et l'Association internationale de la sécurité sociale²⁹ se sont attelés à la tâche: analyse et évaluation des politiques et des systèmes, mise en évidence des enjeux, formulation de pistes de réformes. Le processus est en cours, quantité de chercheurs y contribuent; les résultats auront un impact sur la vie quotidienne de nos populations.

²⁴ «Rapport sur le travail dans le monde 2000. Sécurité du revenu et protection sociale dans un monde en mutation», *Bureau international du Travail*, Genève 2000, p. 16, 219-220. Voir aussi: «Sécurité sociale pour la majorité exclue. Étude de cas dans les pays en développement», Sous la direction de WOUTER VAN GINNEKEN, *Bureau international du Travail*, Genève 2000.

²⁵ Cf. les notes 10 et 11.

²⁶ «Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and promote Growth», *A World Bank Policy Research Report*, Oxford University Press, New York 1994. Dans un même sens, avec un ton plus agressif: *Mut zum Aufbruch. Eine wirtschaftspolitische Agenda für die Schweiz*, DE PURY/HAUSER/SCHMID (éd.), Orell Füssli Verlag, Zurich 1995.

²⁷ La simple lecture des art. 2 à 5 du Traité instituant la Communauté européenne – qui font partie des «principes» – le montre bien.

²⁸ Cf. la note 24. Également: OIT-CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (87^{ème} session-1999), «Un travail décent. Rapport du Directeur général», *Bureau international du Travail*, Genève 1999.

²⁹ Cf. les notes 11, 13, le lancement de l'Initiative AISS, les conférences de recherches et les conférences techniques. L'AISS opère à la fois comme un centre de documentation et comme un forum, au niveau mondial comme régional.

C. Les principes directeurs portant respectivement sur la garantie des soins de santé, la garantie d'un revenu social de remplacement et de ressources de base, la garantie d'insertion et de réinsertion

17. Ces principes directeurs viennent *donner un contenu au droit à la sécurité sociale* que nous venons d'examiner. Ils se rapportent aux grandes *missions* des systèmes de protection. Ils trouvent leur origine dans une série de besoins; ils posent la question fondamentale des responsabilités.

18. La question des *besoins* est connue. Chacun peut être atteint dans sa santé, physique ou psychique, de manière plus ou moins marquée, pour une période plus ou moins longue. La prévention et le traitement des maladies et des accidents ont beaucoup progressé au cours du XX^{ème} siècle, mais l'évolution peut aussi être contraire (Sida, maladies dégénératives, etc.). La médecine est performante, mais coûteuse. L'accès aux soins n'est de loin pas égal dans le monde.

19. Chacun peut avoir besoin d'un revenu de remplacement à la suite d'une atteinte à la santé, de la perte d'un emploi, d'une maternité, d'un départ en retraite, de la perte d'un soutien de famille. La charge d'enfant génère le besoin d'un complément de ressources. La dépendance, essentiellement liée au grand âge, la précarité, l'exclusion requièrent des appuis financiers et en services.

20. Enfin, certains parcours de vie sont difficiles: handicap dès la naissance ou le jeune âge, cursus «normal» interrompu par l'invalidité, un divorce, la mort d'un proche, un licenciement, l'obsolescence des connaissances professionnelles, le glissement vers une situation d'exclusion. Ou alors un changement d'orientation est souhaité: nouvelles études, engagement dans un nouveau projet (social, humanitaire, culturel, artisanal, artistique, etc.).

21. Ces situations de la vie posent la question des *responsabilités*: s'agit-il de problèmes individuels (familiaux) ou sociaux? A chacun de se débrouiller ou faut-il concevoir une protection sociale?

22. En matière de *soins de santé*, le droit international opte résolument pour la question sociale: il faut dès lors prévoir l'accès aux soins en fonction des besoins, indépendamment des capacités financières des intéressés. Cela suppose l'institution de mécanismes collectifs fondés sur la solidarité: système

national de santé, assurance-maladie, solutions mixtes. L'intervention de l'Etat est très marquée dans le premier cas (planification, octroi, financement), elle se combine avec celle d'autres acteurs (fournisseurs de soins, caisses) dans les autres cas de figure³⁰. Depuis l'apparition de l'assurance sociale, dans l'Allemagne de la fin du XIX^{ème} siècle, l'on sait que dans ce domaine les cotisations sont indépendantes du risque³¹ (elles n'augmentent pas avec ce dernier, par exemple en raison de l'âge); c'est un élément qui prend d'autant plus d'importance avec les progrès de la génétique médicale, laquelle permet d'individualiser les prédispositions à certaines maladies³². Le droit international indique comme but la protection de l'ensemble de la population (universalité), tout en guidant progressivement les Etats à cette fin, il admet aussi bien l'octroi direct qu'indirect des soins, il comprend la prévention, le traitement et la réadaptation, il fait une place aux principes classiques de la médecine : droit de choisir son médecin, rémunération adéquate de ce dernier (à la place de l'entente directe quant aux honoraires), reconnaissance d'une autonomie large de décision du soignant, prise en considération de l'importance des relations entre médecins et malades et de leurs intérêts, ce qui devrait inclure le secret médical (Recommandation OIT n° 69 concernant les soins médicaux)³³. Beaucoup de droits nationaux se rallient à cette conception³⁴. Sans elle, l'accès aux soins de santé ne serait que partiel voire barré.

23. Dans le domaine de la *garantie d'un revenu social de remplacement et de ressources de base*³⁵, le droit international se rallie également à une con-

³⁰ GUY PERRIN, «Le droit à la santé et l'évolution des régimes de soins médicaux», in: *Assurance-maladie et politique de santé*, AISS, Genève 1979, p. 29 ss; MILTON ROEMER, «L'organisation des soins médicaux dans le cadre de la sécurité sociale», *BIT*, Genève 1969; ANNE RILLIET HOWALD, «L'évolution des régimes de soins de santé en Europe», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, n° 22-1999, p. 7 ss – MARC DURIEZ/ DIANE LEQUET-SLAMA, *Les systèmes de santé en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris 1998.

³¹ DUPEYROUX/RUELLAN (note 6), p. 38.

³² PIERRE ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Seuil, Paris 1995, p. 36.

³³ PERRIN (note 16), p. 228 ss, 500 ss, 558 ss; PIERRE-YVES GREBER, «Les soins de santé en droit international de la sécurité sociale», in: *Colloque 1946-1996, 50 ans de Caisse primaire: l'assurance-maladie à un carrefour*, Université Montesquieu Bordeaux IV 1996, p. 75 ss (= *CGSS*, n° 15-1995, p. 17 ss).

³⁴ AISS, CD-ROM (note 17).

³⁵ GUY PERRIN, «Rationalisation et humanisation, deux objectifs prioritaires pour une réforme de la sécurité sociale», in: *Emploi et politique sociale. Réalités sociales*, Lausanne 1982, p. 255 ss.

ception de protection sociale. Ce choix est déterminé par certains facteurs: la possibilité d'agir contre les risques de la vie en raison du développement des capacités techniques en matière de prévision, d'appréciation et de gestion des risques, l'attente des populations, importante dès le XX^{ème} siècle, à l'égard de la sécurité³⁶. Mais quel niveau de revenu garantir: une protection minimale pour tous, une protection tendant vers le maintien du standard de vie pour les travailleurs, les deux? L'évolution des législations en Europe a montré une nette convergence de ces deux objectifs fondamentaux, le premier s'inscrivant dans la reconnaissance d'un droit de l'être humain (ou idée de citoyenneté), l'autre se rattachant à un droit acquis (cotisations) par le travailleur; si l'on veut personnaliser: les apports respectifs de BEVERIDGE et de BISMARCK³⁷. Le droit communautaire est pour une fois clair: la Recommandation du 27 juillet 1992 sur la convergence des objectifs et politiques de protection sociale (92/442/CEE)³⁸ retient les deux objectifs. Le droit international procède implicitement de même: l'OIT a en effet adopté trois niveaux de normes se superposant (dont la base est la Convention OIT n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale), deux sous forme de conventions, un sous forme de recommandations. En s'engageant dans la réalisation de ces normes, un Etat passe progressivement d'une protection de base à une garantie qui se rapproche du niveau de vie. Et ces instruments de l'OIT ne se bornent pas à des termes généraux («suffisant», «convenable», etc.): ils se réfèrent judicieusement aux revenus antérieurs, fixant le pourcentage de ces derniers qui doit au moins être atteint par les prestations de sécurité sociale³⁹.

24. La *garantie d'insertion et de réinsertion*, sociale comme professionnelle, combine des efforts privés et publics. L'intégration dans une société, avec respect de la liberté individuelle, est l'affaire de chacun, des familles, des rapports de voisinage et professionnels, des mouvements idéaux, religieux, associatifs. C'est le «tissage continuuel d'une toile de vie, de société», où chacun devrait trouver une place. Une combinaison de droits et de devoirs. L'histoire, l'expérience montrent que cela ne va pas de soi. Les politiques

³⁶ PAUL DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, Paris 1953, p. 12-13.

³⁷ DUPEYROUX/RUELLAN (note 6), p. 79 ss.

³⁸ JOCE du 26 août 1992, n° L 245/49.

³⁹ PERRIN (note 16), p. 500 ss; ALEXANDRE BERENSTEIN, «Le droit international de la sécurité sociale», *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 1989, p. 121 ss; PIERRE-YVES GREBER, *Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale*, Réalités sociales, Lausanne 1984.

sociales, les systèmes de sécurité sociale sont ainsi appelés à contribuer par la mise en œuvre de flux financiers comme de services. Le droit international s'est profilé ici de deux manières. Tout d'abord, il comprend un volet important consacré aux personnes handicapées. Il s'agit de textes de principes des Nations Unies (déclarations sur les droits des handicapés en général, puis mentaux) et d'instruments plus techniques de l'Organisation internationale du Travail relatifs à la réadaptation professionnelle et à l'emploi (Convention OIT n° 159, Recommandations OIT n°s 99 et 168). Le deuxième volet relie la protection contre le chômage et la promotion de l'emploi (Convention OIT n° 168 et Recommandation OIT n° 176); les instruments demandent notamment la prise en compte des catégories de personnes désavantagées (par exemple chômeurs de longue durée, travailleurs à la recherche du premier emploi ou handicapés, âgés), l'aide à la mobilité professionnelle et géographique, la coordination avec les autres régimes de sécurité sociale. L'activité des Organisations internationales est aussi consacrée à la lutte contre l'exclusion, la pauvreté et la misère. C'était notamment un objet principal du Sommet mondial de 1995 (ONU, Copenhague, 1995), les capacités d'agir ont été démontrées par le PNUD⁴⁰, le BIT insiste sur la nécessité de garantir à chaque personne un minimum de protection sociale⁴¹. Le droit européen fournit un relais judicieux, dans le cadre du Conseil de l'Europe (Charte sociale européenne révisée, 1996, par. 30 et art. 30; Recommandation n° R (2000) 3 sur l'extrême précarité) et de la Communauté européenne (Recommandation du 24 juin 1992 sur les critères communs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale (92/441/CEE)⁴².

25. Il convient de souligner que les principes directeurs évoqués correspondent certes à des *droits* en faveur des individus (le plus souvent garantis sur la base d'une législation), mais qu'ils comprennent aussi des *devoirs*: par exemple de cotiser à un régime, de suivre des programmes de réadaptation à l'emploi (en cas de chômage, d'invalidité), de se soumettre à un examen médical, à des contrôles. Le droit international l'admet (cf. par exemple les art. 10, par. 1 et 20 de la Convention OIT n° 168 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage). Les droits nationaux contiennent des règles à ce sujet. L'Association internationale de la sécurité sociale relève que,

⁴⁰ Cf. la note 10.

⁴¹ Rapport sur le travail dans le monde 2000 (note 24), p. 15-19. OIT (note 28), p. 35.

⁴² JOCE du 26 août 1992, n° L 245/46. L'objectif est inscrit également dans la Recommandation sur la convergence des objectifs et politiques de protection sociale (note 38).

sous la pression de l'économie et des problèmes de financement des systèmes sociaux, les législateurs nationaux renforcent depuis plusieurs années les incitations à la reprise d'un travail rémunéré⁴³. Le phénomène n'est pas sans ambiguïté: promotion réelle de la réinsertion ou coupures dans les programmes sociaux?

D. Les principes directeurs au service des missions de la sécurité sociale

26. La théorie générale, le droit international et les systèmes nationaux mettent en évidence d'autres principes qui sont au service des missions évoquées, garantie des soins de santé, garantie d'un revenu social de remplacement et de ressources de base, garantie d'insertion et de réinsertion. Ils peuvent trouver dans chacune d'elles une application. Même s'ils ne sont plus du même rang, leur importance justifie qu'ils soient aussi inclus dans les principes directeurs⁴⁴.

27. Il convient d'abord de mentionner *le principe de l'égalité de traitement*. Il a une portée générale, qui se rapporte notamment à l'accès et à la garantie de la protection sociale, et qui est singulièrement discutée à propos des soins de santé (éviter «une médecine à deux vitesses») ou lorsqu'il s'agit de réorganiser un système (rapports entre un régime général et des régimes spéciaux). Les deux questions les plus brûlantes se rapportent à l'égalité entre nationaux et non-nationaux⁴⁵, à celle entre femmes et hommes⁴⁶. Ce sont ici les Nations Unies et la Communauté européenne qui se profilent. Les deux reconnaissent un principe directeur qui doit éviter les discriminations en général, selon la

⁴³ AISS: «Développements et tendances de la sécurité sociale, 1993-1995», *Revue internationale de sécurité sociale*, 2/1996, p. 3 ss (p. 128-129); Voir aussi: NEIL GILBERT, «L'évolution de la philosophie de la protection sociale», *Revue internationale de sécurité sociale*, 3/1992, p. 5 ss.

⁴⁴ Voir ci-dessus les n^{os} 7-8.

⁴⁵ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, «La sécurité sociale des travailleurs migrants», BIT, Genève 1974, OIT-CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (87^e session-1999), Rapport III (Partie 1 B): «Travailleurs migrants», BIT, Genève 1999. JEAN-LOUIS DUC/PIERRE-YVES GREBER, «La portée de l'art. 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale», *RDS* 1992 II, Cahier 4, p. 475 ss (p. 562 ss).

⁴⁶ ANNE-MARIE BROCAS/ANNE-MARIE CAILLOUX/VIRGINIE OGET, «Les femmes et la sécurité sociale», BIT, Genève 1988. *L'égalité entre hommes et femmes*, sous la direction de CHARLES-ALBERT MORAND, Payot, Lausanne 1988.

nationalité et le sexe en particulier. Le «plus» pour les Nations Unies réside dans l'absence de toute discrimination, alors que le droit communautaire comprend quelques lacunes (ressortissants non communautaires; régimes légaux⁴⁷); le «plus» pour la Communauté réside dans l'œuvre de la Cour de justice, qui sanctionne discriminations directes comme indirectes et qui fait une interprétation dynamique du droit dérivé selon le traité CE. Cependant, l'application dans les législations et pratiques peut être problématique (cf. la question de «l'attractivité» d'un pays face aux migrations; ou celle de l'égalité entre femmes et hommes réalisée sur le dénominateur commun, en d'autres termes, sur la protection la plus basse)⁴⁸.

28. La reconnaissance à chaque être humain du droit à la sécurité sociale⁴⁹ implique un *principe de solidarité*. En effet, les situations de revenu, de fortune, de santé, de capacité de travail, de formation peuvent varier beaucoup d'un individu à l'autre et au cours de l'existence. Certains ne pourront pas contribuer au financement de la protection reçue, d'autres que partiellement, d'où la nécessité de contributions de solidarité (par cotisations ou impôts) des mieux placés. D'autre part, un financement de la sécurité sociale en seule capitalisation serait inconcevable. D'où la nécessité d'une solidarité non seulement entre revenus, mais entre générations. Les enjeux pour le futur ne sont pas négligeables: le discours politique dominant n'est pas celui de la solidarité mais du marché et de la concurrence, nos sociétés sont marquées par l'individualisme⁵⁰. Il faut écouter la voix des plus faibles, qui sont aussi les moins organisés⁵¹, concevoir un autre rapport Nord-Sud⁵².

29. Le droit international repose aussi sur le *principe de l'affiliation obligatoire* à un système ou à un régime de sécurité sociale. Il est retenu par tous les grands instruments (Recommandations OIT n° 67 concernant les moyens d'existence et n° 69 concernant les soins médicaux, Convention OIT n° 102

⁴⁷ La directive y relative ne couvre pas tout le champ de l'égalité entre femmes et hommes (cf. art. 3 et 7 de la Directive 79/7/CEE, JOCE du 10 janvier 1979, n° L 6/24).

⁴⁸ Cf. le projet de 11^{ème} révision AVS en Suisse (âge d'ouverture à pension, prestations de conjoints survivants), FF 2000, p. 1771 ss.

⁴⁹ Voir ci-dessus les n° 7, 11 ss.

⁵⁰ Qui, en soi, n'est pas forcément contraire à la solidarité. Cf. ETIENNE SCHWEISGUTH, «La montée des valeurs individualistes», *Futuribles*, 1995, n° 200, p. 159 ss.

⁵¹ GLADYS WEIGNER/BERNHARD MOOSBRUGGER, «La voix du monde sans voix: DOM HELDER CÂMARA», Pendo, Zürich 1971.

⁵² Voir ci-dessus la note 11 et ALBERT JACCARD, *Le souci des pauvres*, Calmann-Lévy, Paris 1996 (par exemple p. 87-91).

concernant la norme minimum de la sécurité sociale, textes améliorant cette norme). Les travaux préparatoires de la Convention OIT n° 102⁵³ et la doctrine⁵⁴ mettent en évidence la raison de ce choix: garantie effective de la protection⁵⁵, répartition large du financement⁵⁶, possibilité d'instituer des solidarités entre revenus et entre générations⁵⁷.

30. Enfin, le droit international contient le *principe d'une responsabilité générale de l'Etat* en matière de sécurité sociale (cf. par exemple art. 71 par. 3 et 72 par. 2 de la Convention OIT n° 102). L'organisation administrative et financière est conçue de manière très large, compte tenu de la diversité des solutions nationales. Des régimes d'assurance sociale, de service public, d'assistance sociale, des solutions mixtes peuvent être mises en œuvre. D'où l'importance d'une responsabilité de l'Etat quant au service des prestations, au financement (singulièrement la surveillance de son équilibre), à la bonne administration. Il s'agit aussi d'éviter que l'Etat ne se retranche derrière une décentralisation des tâches à une série de caisses⁵⁸.

E. Brève conclusion et perspective

31. La théorie générale, le droit international, le droit communautaire, l'évolution des systèmes nationaux mettent en évidence une série de principes directeurs qui s'inscrivent dans une structure pyramidale⁵⁹. Ils devraient être considérés lors des réformes mises en œuvre notamment pour répondre aux défis actuels⁶⁰. Il ne s'agit pas de «recettes», qui permettraient de quadriller

⁵³ Voir la note 14 (p. 36-37).

⁵⁴ DURAND (note 36), p. 69-70.

⁵⁵ Sinon, quid des personnes touchées par une éventualité (risque) alors qu'elles ne sont pas assurées et qu'elles ne disposent pas de ressources propres suffisantes?

⁵⁶ Cf. par exemple le coût de l'invalidité: il peut être très élevé, alors que le risque ne touche qu'une petite minorité de la population. D'où l'intérêt de ne pas faire supporter le coût par les plus menacés, mais de le répartir sur une base large (salariés, population résidente, etc.).

⁵⁷ Cf. ci-dessus le n° 28.

⁵⁸ L'ouvrage de référence est ici celui de MICHEL VOIRIN, *L'organisation administrative de la sécurité sociale. Un enjeu social et politique*, BIT, Genève 1991. Cet auteur traite aussi de la participation, laquelle n'est pas abordée ici pour des raisons de place.

⁵⁹ Cf. ci-dessus le n° 7.

⁶⁰ A cet égard, le BIT, l'AISS, l'Institut européen de sécurité sociale constituent des observatoires indispensables.

une révision, mais d'un cadre général de références. La Suisse, dans une certaine mesure, en a compris l'intérêt; elle a ratifié une partie des instruments évoqués, paradoxalement plus ceux des Nations Unies (dont elle n'est pas encore membre) que ceux de l'OIT. L'inscription, dans la nouvelle Constitution fédérale, des mots «sécurité sociale» à l'art. 41 al. 1⁶¹, peut-elle être comprise comme une référence à cette grande institution au service des humains, à la richesse de son contenu, aux principes directeurs sur lesquels elle est fondée?

⁶¹ HANS PETER TSCHUDI, «Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung», in: *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge*, 1999, p. 364 ss; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* (Vol. II), Stämpfli, Berne 2000, n° 1494 ss.

LA RÉVISION TOTALE DES CONSTITUTIONS CANTONALES: QUESTIONS CHOISIES

ETIENNE GRISEL*

Professeur à l'Université de Lausanne

Introduction

Au cours du dernier tiers de siècle, la moitié des cantons a édicté une nouvelle constitution¹. Ce mouvement, qui s'est accompagné d'une longue révision totale de la Constitution fédérale, n'est nullement achevé. Les années 2000 verront encore naître plusieurs projets, à Zurich, Bâle-Ville, Schaffhouse, Saint-Gall, Grisons, Vaud, Fribourg et, peut-être même, Genève, qui conserve la Constitution la plus ancienne, la seule antérieure au texte fondateur de 1848. Le phénomène n'a pas manqué d'attirer l'attention de la doctrine². Il présente toutefois des aspects qui n'ont fait l'objet d'aucune étude approfondie et qui relèvent de la légistique, au sens le plus large du terme. Dès lors que le destinataire de ce volume a manifesté un intérêt particulier pour cette branche du droit public, l'analyse faite ici lui rend hommage en même temps qu'elle comble une lacune. Elle porte sur deux sortes de questions voisines, mais distinctes: les unes ont trait à la procédure qui conduit à l'élaboration d'un projet (I), les autres aux modalités du scrutin populaire (II).

* L'auteur remercie Madame ANOUK NEUENSCHWANDER, maître assistante, de sa collaboration à la recherche des documents.

¹ Dans les années 1960: deux; 1970: un; 1980: six; 1990: quatre.

² Voir la bibliographie à la fin de l'article.

I. Questions de procédure

La procédure de révision totale peut se diviser en trois étapes qui précèdent le scrutin: les impulsions et les mesures préparatoires (A), la décision qui déclenche le mouvement de réforme (B), les travaux du Parlement ou de la constituante (C).

A. *Les mesures préparatoires*

Elles dépendent étroitement des circonstances politiques qui provoquent la refonte de la constitution cantonale. Ici, un long malaise a lentement gâté la vie politique et fini par paralyser les institutions. Là, c'est une crise soudaine qui fait apparaître des dysfonctionnements. Ailleurs encore, la charte fondamentale semble simplement désuète au point de nécessiter une toilette. Qu'il s'agisse d'un Etat amputé, de luttes partisans excessives, d'un scandale financier ou de démissions retentissantes, la révision totale peut se voir comme la démarche cathartique qui calme les esprits, rassemble les forces et consolide la légitimité des organes officiels.

L'impulsion vient tantôt des programmes de partis, tantôt des journaux, des interventions parlementaires ou même de personnalités isolées. Mais c'est presque toujours le Gouvernement qui met en marche le processus et qui doit choisir, d'emblée, entre deux voies principales: ou bien il propose directement au pouvoir compétent de prendre les décisions nécessaires, ou bien il commence par préparer le terrain en consultant les milieux intéressés. Cette phase, que d'aucuns appellent «préinstitutionnelle», a eu lieu dans certains cantons, sur le modèle offert par la Confédération entre 1968 et 1980. D'autres cantons en ont fait l'économie. L'alternative a suscité un débat intense entre les autorités vaudoises: tandis que le Conseil d'Etat souhaitait provoquer un large débat public, nourri par les avant-projets de commissions extra-parlementaires et soutenu par les moyens modernes de communication, le Grand Conseil, de son côté, refusa les crédits pour une opération qu'il jugeait dispendieuse, trop longue et préjudiciable à la liberté d'esprit des futurs constituants³. Cette controverse ne manque pas d'intérêt, car elle oppose deux conceptions différentes de l'élaboration d'une nouvelle constitution: l'une qui

³ BGC novembre 1997, p. 3509 ss.

en fait une œuvre populaire, communautaire, fondée sur l'information et le dialogue, une réflexion approfondie; l'autre, plus élitaire, qui préfère accélérer le mouvement et laisser à l'organe constituant l'indépendance la plus large possible.

B. La décision sur la révision totale et l'institution d'une constituante

Partout, le Grand Conseil peut prendre l'initiative d'une refonte de la Constitution. Toutefois, sa marge de manœuvre n'est pas la même dans tous les cantons: tantôt il est habilité à prendre seul la décision⁴, tantôt il doit consulter le peuple et même lui offrir, à titre subsidiaire, le choix entre l'élection d'une assemblée constituante et une rédaction confiée au parlement⁵. Là où cette alternative existe, elle oblige les autorités et les citoyens à réfléchir sur le sens et la portée de la procédure envisagée. A cet égard, les cantons en question se différencient de la Confédération, qui ne connaît ni le vote préalable sur la révision totale⁶, ni la possibilité d'élire un organe spécialement chargé d'élaborer la Constitution.

Or il paraît évident que cette dernière solution présente un grand intérêt. D'un point de vue théorique, il semble naturel que le pouvoir constituant soit exercé par un organe spécifique, distinct du législateur ordinaire. Politiquement, il peut se révéler utile de soustraire l'opération aux habituelles querelles partisans. Sous l'angle psychologique, il est permis d'espérer qu'une assemblée libérée des soucis quotidiens aura davantage de sérénité, d'imagination et de liberté d'esprit. En pratique, les constituants ont plus de temps que les députés ordinaires à consacrer à leur tâche, qui promet d'être plus vite achevée.

⁴ ZH: art. 65 al. 1, Cst.; UR: art. 121 al. 1; ZG: art. 79 al. 2; GR: art. 54 al. 2; TG: art. 95 al. 1; VS: art. 104 al. 1; GE: art. 179 al. 1.

⁵ BE: art. 129 al. 1, Cst.; NW: art. 93 al. 2; FR: art. 80 al. 1; SO: art. 139 al. 1; SH: art. 108 al. 2; AR: art. 114 al. 2; SG: art. 119; TI: art. 84 al. 1; VD: art. 100 al. 1; NE: art. 83 al. 1. Dans six cantons, la désignation d'une constituante est automatique: LU: art. 33 al. 1, Cst.; UR: art. 121 al. 2; OW: art. 112 al. 2; BS: art. 54 al. 2; BL: art. 144 al. 2; AG: art. 123 al. 2.

⁶ Sauf en cas d'initiative populaire ou de désaccord entre les deux Chambres: art. 193 al. 2 Cst.

Au reste, un avantage mérite d'être souligné: les règles d'incompatibilité peuvent être assouplies à l'égard des élus à la constituante. Celle-ci n'est donc pas tenue de sommer ses membres de choisir entre leur mandat de constituant et une autre fonction, étatique ou non. Certes, elle doit respecter les incompatibilités prévues par le droit fédéral. Mais celles qui découlent de la Constitution ou de la législation cantonale ne s'appliquent pas, car elles sont avant tout destinées à garantir la séparation des pouvoirs et l'indépendance des magistrats, voire le rapport hiérarchique entre les agents étatiques subordonnés les uns aux autres⁷. Elles se justifient donc à l'égard du Grand Conseil, parce qu'il approuve la gestion de l'administration et des tribunaux, élit les juges, vote le budget des autorités. Or aucune de ces considérations ne paraît pertinente, lorsqu'il s'agit de la constituante, qui n'a aucune compétence législative ou financière et n'exerce pas la haute surveillance. Par conséquent, il se justifie de déroger ici aux incompatibilités ordinaires.

Il est vrai qu'une assemblée constituante ne va pas sans inconvénients, qui sont surtout d'ordre pratique. D'abord, rien ne garantit qu'elle se singularisera réellement, face au Grand Conseil, car la Constitution prévoit généralement le même mode d'élection pour les deux corps⁸. On peut donc craindre que l'un soit la copie conforme de l'autre, risque qui ne se réalise toutefois qu'en partie, notamment grâce à l'assouplissement des incompatibilités; quoi qu'il en soit, les constituants seraient bien inspirés, à l'avenir, d'énoncer des normes différenciées pour la désignation de leurs successeurs et des députés ordinaires⁹.

En deuxième ligne, l'institution d'une constituante suscite des problèmes d'organisation: autorité extraordinaire, elle doit être dotée d'un règlement, d'un budget, d'un appui administratif; ces questions ne relèvent d'ailleurs pas uniquement de l'intendance et prêtent à un débat politique sur la position des constituants face au Grand Conseil; comment celui-ci peut-il préparer le travail de la constituante par des dispositions et des finances adéquates, sans mettre en péril son autonomie? De deux choses l'une: s'il lui affecte chaque année un poste budgétaire, il en résulte une fâcheuse dépendance; s'il lui

⁷ MALEK BUFFAT, *Les incompatibilités*, Lausanne 1987, p. 40 ss, 75 ss, 87 ss.

⁸ Exemples: NW: art. 93 al. 3 Cst.; FR: art. 80 al. 2; SO: art. 139 al. 2; SG: art. 121 al. 2; SH: art. 108 al. 3; VD: art. 101; NE: art. 83 al. 2.

⁹ Des constitutions récentes consacrent cependant le système antérieur: BE: art. 129 al. 2; TI: art. 84 al. 3.

alloue d'emblée un montant global, il fixe en réalité le terme de ses travaux et la soumet à une pression directe.

Ces remarques conduisent à une autre difficulté, qui est sensiblement plus grave et qui tient à la coordination des travaux des deux organes. Selon la nature des choses, la constituante a pour seule mission de préparer un projet de loi fondamentale. Elle n'est investie d'aucune autre compétence étatique, tandis que le Grand Conseil conserve, pendant toute la procédure, les attributions législatives, y compris la faculté de proposer au peuple des révisions partielles de la Constitution. C'est dire que les travaux parlementaires risquent de court-circuiter ceux des constituants. Le dilemme qui en découle n'a pas de solution satisfaisante: d'un côté, l'action d'un Etat ne peut pas être paralysée durant l'élaboration de la constitution; mais, d'un autre côté, les décisions de la constituante ne devraient pas être préjugées, ou déjouées, par les initiatives du parlement.

De cette analyse ressortent trois conclusions. Avant tout, une constituante ne saurait être établie que pour des raisons impérieuses, lorsqu'il est pour ainsi dire impossible de faire autrement; l'expérience montre que cette solution est choisie environ une fois sur deux¹⁰. Ensuite, il se révélerait utile de mettre en place des mécanismes qui garantissent un minimum de coordination entre les deux organes. Enfin, pour limiter les inévitables frictions avec le Grand Conseil, il conviendrait de fixer par avance un délai assez bref à l'assemblée pour qu'elle achève son œuvre. Bien entendu, de pareilles considérations sont liées aux méthodes de travail que choisissent les députés.

C. Les méthodes de travail

Qu'il s'agisse du Parlement ordinaire ou d'une assemblée particulière, l'organe chargé d'élaborer une constitution entreprend une tâche complexe, à laquelle les politiciens de milice ne sont pas tous également préparés. D'où l'importance de la méthode. Celle-ci ne peut guère être que spécifique, tant la préparation de la loi fondamentale diffère des activités habituelles des dépu-

¹⁰ Jusqu'ici, le cas du Jura mis à part, sur les douze cantons qui ont mené à bien la procédure, seuls Uri, Obwald, Argovie, Bâle-Campagne et Soleure ont institué une assemblée constituante; ont fait le même choix, parmi les sept cantons où la procédure est en cours: Zurich, Bâle-Ville, Fribourg et Vaud.

tés. Il leur appartient, cela va sans dire, de choisir les procédés qui leur paraissent les plus opportuns. Les possibilités sont d'ailleurs innombrables et les énumérer semblerait fastidieux, sans se révéler utile. Quelques principes élémentaires se dégagent de l'expérience.

D'une part, il est indispensable que les députés soient saisis d'un projet complet, cohérent, qui leur offre des choix politiques sur les sujets controversés, tout en fournissant déjà la trame de la future loi fondamentale.

D'autre part, il ne paraît nullement nécessaire que le projet émane du Conseil d'Etat et que celui-ci le défende devant le plénum. Au contraire, il se conçoit que l'exécutif observe une certaine réserve. A la différence des réformes partielles, les révisions totales ne se déroulent pas forcément sous l'impulsion du Gouvernement, et il se justifie de laisser au constituant une réelle liberté d'action, à l'abri des pressions de l'administration.

Ces idées, qui s'imposent de soi-même, sont cependant contradictoires, en partie du moins. Aussi se réalisent-elles de manière très variée, comme le montrent deux exemples récents. A Neuchâtel, c'est le Grand Conseil qui a fait une nouvelle Constitution, sur la base des propositions d'une commission parlementaire, elle-même inspirée par le projet d'un ou deux experts. En dépit d'innovations contestées, un texte limpide et solide a finalement été accepté par une forte majorité des députés et du peuple, dans un délai raisonnable. Par contre, le peuple vaudois ayant désigné une constituante, celle-ci a décidé d'écarter les projets existants (l'un officiel, l'autre émanant d'un groupe privé) et de charger six commissions «thématiques» de rédiger des dispositions sur les divers sujets, que le plénum examine ensuite et vote, article par article. Cette manière de faire, qui allonge sensiblement la procédure, risque de produire un résultat peu clair, une systématique défailante et un langage approximatif; certes, il est trop tôt pour dire si ce danger se réalisera, mais il semble évident que la méthode choisie est pleine de hasards, pour ne pas dire de confusion.

II. Les modalités du scrutin

Le rôle que le peuple est appelé à jouer dans la procédure de révision totale pose au moins trois questions. D'abord, conviendrait-il d'organiser des

votations préalables sur des questions de principe (A)? Ensuite, le projet de Constitution peut-il être rédigé de telle manière que le citoyen est amené à se prononcer sur des variantes (B)? Enfin, serait-il possible de diviser la Constitution en plusieurs secteurs et d'envisager des consultations successives sur les divers chapitres (C)? Ces questions ne sont pas expressément résolues par toutes les constitutions cantonales.

A. Les votations préalables sur des principes

1. La définition

Une votation préalable sur un principe se définit comme une consultation qui concerne un problème particulier, que l'électeur est invité à trancher, sans toutefois se prononcer directement sur un article déjà rédigé. La suite de la procédure est dictée par la nature des choses: l'Assemblée constituante – ou le Grand Conseil – devra élaborer les dispositions voulues, en respectant la décision populaire; les textes en question seront intégrés dans la future constitution et, à ce titre, soumis à un scrutin définitif, qui porte sur la révision totale elle-même et peut donc être négatif.

Aussi s'agit-il d'une sorte de vote éventuel, comme les parlements le pratiquent pour statuer sur les sous-amendements et les amendements. Il a pour but de donner à l'assemblée des orientations sur des aspects importants – et généralement controversés – de la réforme.

Mais il y a deux obstacles: d'un point de vue formel, une base légale, voire constitutionnelle, paraît nécessaire; matériellement, le procédé ne va pas sans inconvénient et ne doit pas nécessairement être considéré comme opportun.

2. L'exigence d'une base constitutionnelle ou législative

Dans les cantons, le vote sur des principes n'est pas inconnu. Il est même prévu dans plusieurs législations, sous des formes variées¹¹. Il a été utilisé

¹¹ LU: art. 34^{ter} al. 1 Cst; NW: art. 53; SO: art. 139 al. 3; BL: art. 32 al. 1 et 2; SH: art. 108 al. 4; SG: art. 48; sur le sujet en général, voir LUZIAN ODERMATT, «Das Abstimmungsverfahren bei Grundsatz- und EinzelpunktAbstimmungen, mit und ohne Varianten», *ZBl* 92 (1991), p. 93 ss.

dans le cadre de certaines révisions totales, notamment à Bâle-Campagne et à Soleure. Mais il doit reposer sur une base explicite, qui figure dans la Constitution ou, à la rigueur, dans la loi. L'étude des précédents montre que cette exigence a toujours été satisfaite. Berne, Soleure et Bâle-Campagne, en vue de la révision totale de leur constitution précisément, ont commencé par procéder à une réforme partielle, laquelle a permis d'organiser des votes préalables¹². Dans les cantons qui recourent aux votations préalables sur le contenu des futures lois, cette manière de faire est également réglemantée par la constitution ou par le décret qui engage la procédure de réforme, à Fribourg par exemple¹³. Pour la révision totale de la Constitution fédérale, les Chambres ont créé la base légale qui était jugée nécessaire¹⁴.

L'exigence d'une base légale ou constitutionnelle découle des principes applicables à la démocratie directe et de la jurisprudence. En règle générale, un scrutin populaire doit porter sur un texte précis et déployer des effets contraignants. Il y a certes des exceptions, mais celles-ci ne sont licites que si elles sont expressément réservées par les dispositions applicables¹⁵. S'agissant d'une dérogation au système habituel, il paraît normal et logique d'exiger un fondement explicite. Tel est le raisonnement que font la plupart des auteurs et le Tribunal fédéral. Ce dernier, à vrai dire, ne s'est pas prononcé d'une manière tout à fait catégorique. Il a certes jugé qu'une votation purement consultative n'était admissible que dans la mesure prévue par la loi¹⁶. Toutefois, en l'occurrence, il a considéré qu'une exception était possible. Il faut ajouter que la doctrine n'est pas unanime et qu'autrefois elle était plutôt divisée¹⁷. Mais elle est aujourd'hui plus affirmative, du moins sur l'exigence

¹² BE: ancien art. 100 al. 1, Cst., voté le 23 septembre 1990 (FF 1993 II 183); SO: ancien art. 78 Cst., approuvé en votation populaire le 5 avril 1981 (FF 1981 III 888-9); BL: ancien art. 49 Cst., accepté en votation populaire le 26 septembre 1976 (FF 1977 II 250-251).

¹³ Décret du 28 novembre 1998, RSF 10.2.

¹⁴ Art. 30^{ter} de la loi fédérale sur les rapports entre les Conseils; FF 1997 III 1162, IV 1404-5; voir LUZIUS WILDHABER, «Fragen des Abstimmungsverfahrens bei der Verfassungsreform», in: *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, St-Gall 1998, p. 1065-71.

¹⁵ Voir GEORG MÜLLER, «Konsultativ-, Grundsatz- und Variantenabstimmungen im aargauischen Recht», in: *Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger*, Aarau 1990, p. 291 ss, 295.

¹⁶ «Nach Massgabe des Gesetzes», ATF 104 Ia 226, 234.

¹⁷ Voir les ouvrages cités in: ATF 104 Ia 232.

d'une base légale¹⁸. Celle-ci semble d'autant plus nécessaire que, sur le fond, la votation préalable prête à la controverse.

En définitive, pour souhaitable qu'elle soit, la création d'une base constitutionnelle n'est peut-être pas absolument indispensable. En revanche, un fondement légal est nécessaire. A cet égard, la situation se complique quand une constituante est chargée de la rédaction: si elle éprouvait le besoin de poser des questions de principe au peuple, elle devrait saisir le Grand Conseil d'une proposition de révision législative.

3. L'opportunité

Les scrutins préalables sur les principes ont pour objectif de favoriser la rédaction – et l'adoption – d'un nouveau texte de constitution ou de loi. Cette finalité relève incontestablement de l'intérêt général. Au demeurant, le procédé se concilie avec les exigences de la démocratie, puisqu'il permet aux citoyens d'exprimer leur volonté librement et à bon escient. Il n'oblige pas les votants à faire des hypothèses hasardeuses et ne les conduit pas non plus à se contredire. A la différence d'une consultation sur des variantes, il n'entraîne aucune entrave à la liberté de vote¹⁹. Mais il présente aussi des ambiguïtés et des inconvénients.

D'abord, il impose à l'assemblée des obligations qui ne sont pas toujours univoques. Certes, le résultat du vote lie les autorités. Mais, suivant la nature de la question et la manière dont elle est posée, la marge de manœuvre du constituant peut rester importante.

En deuxième lieu, les votations préalables prennent beaucoup de temps. Le Parlement doit commencer par identifier et formuler les questions de principe qu'il entend soumettre au peuple, lequel est ensuite convoqué dans un délai convenable, et enfin la Constitution sera rédigée sur la base des réponses fournies par la majorité populaire, puis exposée à un vote définitif. C'est dire que la procédure ne convient guère, lorsque la refonte est considérée comme relativement urgente.

¹⁸ MÜLLER (note 15), p. 295; LUZIUS WILDHABER, *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 119-20, n^{os} 81 et 84, et les citations en note 56; ETIENNE GRISSEL, *Initiative et référendum populaires*, 2^{ème} éd., Lausanne 1997, p. 59, n^{os} 104-5, et p. 375, n^o 1021 et les citations note 61.

¹⁹ Voir lit. B, ci-dessous.

Troisièmement, le choix des questions de principe est une décision politique, dont le fondement et les conséquences prêtent à la discussion. Comme le relèvent les autorités fédérales, les points soumis à un scrutin préalable risquent de prendre, aux yeux de l'opinion publique, une importance considérable, parfois disproportionnée au regard de leur poids véritable²⁰. Rien ne garantit d'ailleurs que la votation préalable permettra d'écarter de futures oppositions à l'ensemble du projet; bien plutôt, on peut craindre que les milieux minorisés y voient une raison supplémentaire pour rejeter le texte tout entier.

B. Les votations populaires sur des variantes

1. La définition

La votation sur des variantes se définit comme une consultation particulière qui porte sur un problème spécifique, dans le cadre d'une réforme plus large. Parfois utilisée en cas de révision totale de la constitution ou de la loi, elle peut aussi être employée à l'occasion d'une révision partielle; ainsi, elle a été expérimentée, pour la première fois en 1993, par la Confédération, lorsque les citoyens ont été invités à se prononcer d'abord sur le principe de la taxe à la valeur ajoutée puis, à titre subsidiaire, pour le cas où la taxe serait acceptée, à choisir entre le taux de 6.2% et de 6.5%.

Le procédé est susceptible d'aménagements très divers. Sans entrer dans les détails, on relèvera ici les possibilités les plus importantes. Tantôt la variante est conçue comme une clause supplémentaire, que l'électeur peut simplement accepter ou rejeter, sans que la réponse à cette question séparée affecte le résultat du scrutin sur le reste du texte; tantôt la variante se présente comme une alternative de deux (ou trois) termes, entre lesquels le votant doit choisir et dont l'un, celui qui aura recueilli la majorité, sera intégré dans le texte final. La première manière de faire est parfois appliquée dans les cantons²¹, tandis que la seconde a été préférée par les Chambres fédérales, lors de l'introduction de la taxe à la valeur ajoutée. D'autre part, le problème des variantes ne se pose pas de la même façon, suivant que la révision est plutôt

²⁰ FF 1997 III 1166; 1997 IV 1405.

²¹ Voir un arrêt du Tribunal fédéral qui approuve la procédure suivie à Lucerne: ATF 80 I 165.

une «toilette» formelle d'un texte existant — ou au contraire une refonte substantielle ou encore un texte entièrement nouveau car, dans ces deux dernières hypothèses, le citoyen devrait avoir la faculté de choisir entre le statu quo et le changement, ce qu'il ne pourra pas faire si les deux versions soumises à son approbation contiennent toutes deux des innovations.

Quoi qu'il en soit, le scrutin sur des variantes a pour but d'élargir les possibilités de choix du citoyen et surtout d'éviter qu'un projet entier soit rejeté, en raison de l'opposition populaire à une ou deux de ses dispositions²². Mais il fait naître la question de la base légale et suscite d'ailleurs des objections de fond qui ne sont pas négligeables.

2. L'exigence d'une base constitutionnelle ou législative

Le scrutin sur des variantes est une opération plus grave – et plus délicate – que la votation préalable sur des principes. Alors que celle-ci n'a lieu qu'à titre éventuel, provisoire et porte sur des idées encore assez vagues, celui-là est organisé à titre définitif et concerne nécessairement des textes entièrement rédigés. C'est dire que sont en cause les conditions dans lesquelles le peuple est appelé à ratifier des dispositions prêtes à entrer en vigueur. Puisqu'il s'agit d'une modalité importante de l'exercice du droit de vote, elle devrait être définie dans la Constitution.

Telle est d'ailleurs la pratique qui a été suivie dans les cantons jusqu'ici. Berne, Soleure et Bâle-Campagne ont commencé par modifier partiellement leur Constitution, afin de permettre des votations sur des variantes au moment de la révision totale²³. Il est vrai qu'en matière fédérale le Parlement adopte une attitude plus souple: alors qu'il a introduit une variante dans le projet de révision (partielle) sur la TVA sans s'appuyer sur aucune base constitutionnelle ou légale, il s'est contenté, dans le cadre de la révision totale, de créer une simple disposition législative²⁴. Une partie de la doctrine approuve cette manière de faire, se contentant d'une base légale, qu'elle juge conforme à la Constitution²⁵. Toutefois, dans le cadre cantonal, un fondement constitu-

²² Voir FF 1997 I 484.

²³ BE: ancien art. 100 al. 1 Cst. (FF 1993 II 183); SO: ancien art. 68^{bis} (FF 1981 III 889); BL: ancien art. 49 et 49^{bis} (FF 1977 II 251-2).

²⁴ Art. 30^{bis} de la loi sur les rapports entre les Conseils; voir FF 1997 III 1162.

²⁵ WILDHABER (note 18), n^{os} 82 ss; MÜLLER (note 15), p. 299 ss.

tionnel a été jugé nécessaire²⁶, et d'ailleurs le procédé retenu pour la consultation sur la TVA n'échappe pas à la critique²⁷.

3. L'opportunité

Le procédé étudié a deux sortes d'avantages. D'une part, il habilite les citoyens à s'exprimer d'une manière plus nuancée, dès lors qu'il suscite une décision sur des questions spécifiques, en même temps que sur un projet d'ensemble. D'autre part, il diminue le risque que celui-ci soit repoussé en raison de l'opposition à une seule disposition particulièrement contestée. Mais il a aussi de sérieux inconvénients.

D'abord, un projet de constitution devrait former un tout cohérent, dont l'harmonie pourrait être rompue, si certains éléments en étaient détachés. Ensuite, le choix des questions posées séparément a souvent quelque chose d'arbitraire et, de surcroît, il éveille l'impression que l'autorité élue est indécise, peu sûre d'elle-même, ou excessivement divisée. Il engendre également le danger que l'attention des citoyens soit excessivement concentrée sur des points particuliers, au détriment d'une vision d'ensemble. Le peuple peut aussi avoir de la peine à comprendre les enjeux réels du scrutin, si les questions posées sont trop nombreuses et imbriquées les unes dans les autres. Enfin, le système de vote fait naître un problème qui n'a pas de solution idéale: le système Haab, sur le modèle de l'article 139, alinéa 6, de la Constitution fédérale, est certes préconisé par certains auteurs²⁸, mais il est trop compliqué et mal adapté à un scrutin sur des variantes²⁹; quant au système vaudois, inspiré de l'article 27 Cst., qui a été retenu pour la votation sur la TVA, il ne convient pas dans toutes les circonstances et empêche les électeurs de se prononcer en parfaite connaissance de cause, puisqu'il les contraint à voter sur le projet entier sans connaître les résultats concernant les variantes³⁰.

²⁶ Voir GRISEL (note 18), p. 341, n^{os} 919-20.

²⁷ *Ibidem*, p. 366, n^o 988 et les citations.

²⁸ Voir notamment ODERMATT (note 11), p. 97 ss.

²⁹ FF 1997 III 1169.

³⁰ ODERMATT (note 11), p. 98; FF 1997 III 1165-6, 1169; voir GRISEL (note 18), p. 366-7, n^o 988.

C. Les votations sur des chapitres de la nouvelle Constitution

1. La définition

On parle d'une révision totale par chapitres, ou par secteurs, ou encore par paquets, lorsque le peuple est appelé à se prononcer successivement sur des parties entières d'une nouvelle constitution. Les scrutins sont généralement subordonnés les uns aux autres, de sorte que la constitution entièrement révisée entre en vigueur lorsque tous les chapitres ont été acceptés par le peuple. Le but est de permettre aux citoyens de se prononcer séparément sur les différents secteurs de la constitution et d'éviter un échec complet.

2. L'exigence d'une base constitutionnelle

La votation par secteurs est une sorte de moyen terme entre la révision partielle et la révision totale de la constitution. Aussi devrait-elle avoir un fondement dans la constitution elle-même. Actuellement un quart environ des cantons connaît une procédure d'amendement par chapitres³¹.

Il arrive d'ailleurs qu'un canton procède à des révisions partielles successives qui, en fin de compte, produiront peut-être une refonte complète de leur constitution. Tel est le cas notamment en Valais, où le peuple a été appelé, en 1993, à s'exprimer sur une réforme des droits populaires et des pouvoirs législatif et exécutif, puis, en 2000, sur les dispositions relatives à la procédure parlementaire. En l'occurrence, il ne s'agissait toutefois pas de véritables révisions sectorielles, parce que la Constitution ne subissait que des amendements d'ordre essentiellement formel, qui apparaissaient comme les conséquences naturelles de la modification des droits populaires.

Quant à la Confédération, elle a envisagé, dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale, d'ajouter à la mise à jour formelle de l'ensemble de la Constitution une réforme de la justice et des droits populaires. Mais les modalités de vote sur ces objets n'ont pas été sérieusement discutées par les Chambres fédérales, parce que le premier paquet comportait peu d'innovations substantielles et que le second a été abandonné.

³¹ LU: art. 34^{ter} al. 1 et 2, Cst.; ZG: art. 79 al. 4; SO: art. 138 al. 3 et 139 al. 4; BS: art. 54 al. 3; BL: art. 144 al. 3; SG: art. 122 al. 2.

Dans la plupart des cantons, une révision sectorielle serait particulièrement difficile à concilier avec la Constitution, une fois que le peuple aurait accepté le principe d'une révision totale et l'élection d'une Assemblée constituante. En effet, cette dernière serait alors chargée d'élaborer une Constitution, et non pas simplement des chapitres distincts qui seraient exposés au vote du peuple séparément. Dès lors, il semble que le procédé ne pourrait pas être adopté sans révision préalable de la Constitution cantonale.

3. L'opportunité

Une révision par chapitre présenterait sans doute des avantages, qu'il est d'ailleurs difficile d'évaluer dans l'abstrait et qui devraient être appréciés par l'Assemblée constituante ou par le Grand Conseil, dans chaque cas concret. Mais elle aurait également de sérieux inconvénients. D'abord, la cohérence de l'ensemble du projet en souffrirait. Ensuite, les opérations successives prendraient beaucoup de temps, au détriment de la relative célérité qui devrait marquer une révision totale de la Constitution.

Enfin et surtout, le procédé trouve sans doute une limite dans l'exigence de l'unité de la matière. En effet, ce principe s'applique à toute votation qui ne concerne pas la révision totale, d'un seul coup, de la Constitution. Or il implique que les citoyens ne soient pas contraints à donner une seule réponse à des questions différentes, ce qui risquerait de fausser la manifestation de leur volonté. Il est vrai que certaines constitutions cantonales n'énoncent pas expressément l'exigence de l'unité de matière s'agissant des révisions partielles. Toutefois, cette condition s'impose de toute façon et s'entend normalement d'une manière assez stricte, dès lors qu'il s'agit de la révision partielle de la Constitution³². Suivant la jurisprudence, l'unité requise est tenue pour réalisée, lorsque les différentes dispositions «poursuivent un but commun qui les réunit étroitement par un lien objectif»³³; par contre, elle fait défaut, quand le projet «groupe sans justification objective des buts ou des exigences diverses»³⁴; en définitive, il faut et il suffit qu'il y ait «de bonnes raisons de soumettre à l'approbation du corps électoral l'ensemble du projet» et que celui-

³² ATF 99 Ia 645-6, 182; 96 I 653.

³³ ATF 104 Ia 223.

³⁴ ATF 104 Ia 224.

ci forme «un tout»³⁵. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le Parlement bernois ne violait pas l'unité de matière lorsqu'il proposait au peuple une vingtaine de dispositions, pourtant d'objets très variés, qui avaient pour point commun d'adapter le droit bernois à la situation nouvelle qui résultait de la création du canton du Jura. Quant à la révision sectorielle opérée par le constituant valaisan en 1993, elle n'a fait l'objet d'aucune contestation et n'a donc pas été portée devant le Tribunal fédéral. Néanmoins, la jurisprudence assigne des limites à une révision sectorielle, ce qui diminue d'autant son intérêt.

Conclusion

Malgré les vicissitudes politiques et les contraintes imposées par le droit, les révisions totales des constitutions cantonales se succèdent à un rythme régulier. Jusqu'ici, aucune des réformes entreprises n'a échoué. Dans deux cas, pour mener le projet à chef, il a fallu répéter la votation populaire. La procédure est généralement longue: rarement inférieure à quatre ans, elle en dure parfois presque dix. Le succès dépend de la souplesse, du pragmatisme et de la patience, il ne résulte pas de recettes toutes faites ni même de l'imagination.

Bibliographie

- JEAN-FRANÇOIS AUBERT, «La révision totale de la constitution neuchâteloise», *RJN* 1998, p. 13-36.
- JEAN-FRANÇOIS AUBERT/MARCO BORGHI/GIORGIO MALINVERNI/PIERRE-LOUIS MANFRINI/ARGANTE RIGHETTI, *La revisione totale della costituzione ticinese, atti della giornata di studio del 12 giugno 1995*, Lugano 1996.
- ANDREAS AUER, «Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse», *ZBl* 1990, p. 14-25.
- GIOVANNI BIAGGINI, «Erste Erfahrungen mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984», in: *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft*, Liestal 1998, p. 9-76.

³⁵ *Ibidem*.

- MARCEL BOLZ, «Die Verfassung des Kantons Aargau - Was hat sich bewährt? Wo besteht Handlungsbedarf?», *ZBl* 1999, p. 571-584.
- URS BOLZ, «Neuere Totalrevisionen von Kantonsverfassungen. Eine Bestandesaufnahme der Revisionsverfahren», *LeGes* 1992/2, p. 55-87.
- ALAIN CHABLAIS, «Constitutions cantonales: le point sur les révisions totales», *LeGes* 1999/1, p. 67-82.
- THOMA DÄHLER/ALFRED KÖLZ/MARKUS NOTTER (éd.), *Wozu eine neue Kantonsverfassung? Materialien zur Zürcher Verfassungsreform*, Zurich 2000.
- BERNHARD EHRENZELLER, «10 Jahre solothurnische Kantonsverfassung: Was hat sie uns gebracht?», *ZBl* 1999, p. 553-570.
- KURT EICHENBERGER, «Über Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung», *ZBl* 1990, p. 1-14.
- *Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar*, Aarau 1996.
- PETER HÄBERLE, «Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 1985, p. 303-565.
- «Die Kunst der kantonalen Verfassungsgebung – das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen», *ZBl* 1997, p. 97-120.
- JEANNE HERSCH, *Une nouvelle constitution cantonale à la veille du XXI^{ème} siècle? La nouvelle Constitution: révision totale de la Constitution du canton de Berne*, Berne 1989.
- WALTER KÄLIN/URS BOLZ (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne 1995.
- VINCENT MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle 1999.
- CARL-GUSTAV MEZ, *Die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 10. Mai 1875*, Bâle 1995.
- SILVANO MÖCKLI, «Die Reform der direkten Demokratie im Rahmen der Gesamtrevision der Verfassung des Kantons St. Gallen», in: *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gall 1998, p. 585-603.
- JEAN MORITZ, *Commentaire de la constitution jurassienne*, Courrendlin 1997.
- RENÉ A. RHINOW, «Die Totalrevision der Kantonsverfassung – Zur Problematik gliedstaatlicher Staatsreformen», in: *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973*, Bâle 1973, p. 113-129.

HANS-JÜRIG SCHÄR, «Die neue Ausserrhoder Kantonsverfassung», *ZBl* 1996, p. 337-359.

PHILIPP STÄHELIN, *Wegweiser durch die Thurgauer Verfassung*, Frauenfeld 1991.

DANIEL THÜRER, «Wir, die Männer und Frauen ... – Ein Porträt der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung», *ZBl* 1996, p. 433-455.

JUSTICE ET RESPONSABILITÉ: LEURS IMAGES DANS LES MENTALITÉS CONTEMPORAINES

JEAN KELLERHALS, NOËLLE LANGUIN,
MASSIMO SARDI
avec la collaboration de GORDON AESCHIMANN
et RENAUD LIEBERHERR

I. Introduction

La question des «images du juste» – comment rendre à chacun son dû? Quels critères observer pour répartir les biens sociaux? Comment, réciproquement, sanctionner les crimes et délits? – est depuis plusieurs décennies au cœur de travaux empiriques cherchant à définir comment se constituent les représentations sociales de la justice et quels facteurs rendent compte de leur inégale répartition. Ces travaux «répondent» en quelque sorte aux multiples interrogations d'ordre théorique suscitées par les mutations contemporaines de la solidarité sociale. Ils apparaissent aussi comme un des volets importants d'un questionnement sur les droits fondamentaux.

La généralisation alléguée de l'individualisme¹, l'essoufflement de l'Etat dit de providence², la redéfinition des frontières entre privé et public, les transformations des solidarités familiales³, les confrontations et concurrences intergénérationnelles⁴, l'universalisation des assurances⁵ constituent autant

¹ LOUIS DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Paris 1983; GILLES LIPOVETSKY, *L'ère du vide – Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris 1983.

² PIERRE ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-Providence*, Paris 1984.

³ KURT LÜSCHER/FRANZ SCHULTHEIS/MICHAEL WEHRSPAUN, *Die «postmoderne» Familie: familiale Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*, Constance 1988.

⁴ CLAUDINE ATTIAS-DONFUT, *Sociologie des générations: l'empreinte du temps*, Paris 1988.

⁵ FRANÇOIS EWALD, *L'Etat Providence*, Paris 1986.

de facettes d'une redéfinition des droits et des obligations des individus entre eux et de ces derniers envers la (les) collectivité(s).

Les notions étroitement liées de responsabilité et de justice distributive se situent au cœur de ces débats. Si nombre de réflexions éthiques et politiques intéressantes ont paru au cours de ces dix dernières années sur le thème du sens de la responsabilité⁶ et de l'assurancialisme⁷, l'examen empirique des formes du sentiment de responsabilité aujourd'hui, de l'évolution des mentalités populaires en ce domaine, n'a reçu jusqu'ici qu'une attention très limitée. Il n'existe pas encore, à notre connaissance, de recherches extensives permettant de cerner concrètement la géographie sociale de ces mentalités ni d'analyses des facteurs modelant les conceptions populaires de la responsabilité. C'est pourquoi, depuis près de quinze ans – et rejoignant en cela les exhortations à l'approche interdisciplinaire proposée par CHARLES-ALBERT MORAND⁸ –, nous nous attachons, dans le cadre du CETEL⁹, à travailler cette question située à l'intersection entre le droit, la morale et la politique.

D'abord centrée sur la famille¹⁰, cette problématique de la justice distributive a ensuite été étendue par nos travaux à l'une des formes de la justice procédurale, celle de la question des échanges commerciaux et plus particulièrement au thème du «juste contrat», pour définir quelles conceptions de la validité, de la responsabilité et de la prescription en matière contractuelle prévalent dans les mentalités contemporaines¹¹. Enfin, dans une troisième vague de travaux, on a élargi cette perspective à la responsabilité civile au

⁶ HANS JONAS, (traduit de l'allemand par JEAN GREISCH), *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Paris 1991; RENÉ SIMON, *Éthique de la responsabilité*, Paris 1993; PAUL RICŒUR, «Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique», *Esprit*, Paris 1994, vol. 206, p. 28-48.

⁷ EWALD (note 5).

⁸ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris 1999. CHARLES-ALBERT MORAND, «La contractualisation du droit dans l'Etat providence», in Chezel, F. et Commailles, J. (éd), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris LGDJ, Paris 1991, p. 139-158.

⁹ Le CETEL est le centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives de la Faculté de droit de Genève. Il est chargé de coordonner les recherches de type pluridisciplinaire sur l'élaboration et l'application du droit. Ces recherches utilisent les ressources des sciences sociales pour analyser le phénomène juridique.

¹⁰ JEAN KELLERHALS/JOSETTE COENEN-HUTER/MARIANNE MODAK, *Figures de l'équité, la construction des normes de justice dans les groupes*, Paris 1988.

¹¹ JEAN KELLERHALS/MARIANNE MODAK/JEAN-FRANÇOIS PERRIN/MASSIMO SARDI, «L'éthique du contrat», in: *droit L'Année sociologique*, Paris 1993, vol. 43, p. 125-158.

sens large, vue sous l'angle de la «juste» imputation des responsabilités dans la réparation de dommages, de la juste évaluation de l'ampleur de ces derniers et de la réparation que doit fournir le responsable, des justes modalités d'intervention de l'assurance et enfin du juste degré de liberté ou de contrainte dont doit disposer la personne en matière de prise de risques individuels¹². C'est justement de ce lien entre *responsabilité* et *justice* dont il va être question dans les pages qui suivent. Mais qu'entend-on ici par «responsabilité»?

La responsabilité, terme éminemment polysémique, est un fait linguistique tout autant que social: ce vocable nous interpelle en effet en raison de la richesse de ses significations¹³. Dans la sphère politique, être responsable – ou plutôt être *un* responsable – c'est avoir du pouvoir sur autrui. Dans la sphère morale, être responsable c'est s'engager librement, sans attente de récompense ni crainte de châtement. Dans la sphère juridique, la responsabilité s'exprime en termes de causalité: je suis responsable de ce qui arrive par ma faute. Ces trois acceptions de la notion de responsabilité ont cohabité sans trop de heurts jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁴. Cette harmonie s'effrite avec le développement rapide de l'industrialisation et la multiplication du nombre des accidents. Au principe politique de responsabilité basé sur le pouvoir succède progressivement une conception de la régulation sociale en termes de solidarité: on voit émerger les institutions d'assurance sociale et de sécurité sociale. Le fondement du droit de la responsabilité se fait ensuite social plutôt que philosophique et moral: il s'agit d'assurer une répartition équitable de la charge des dommages liés à des activités reconnues comme socialement utiles. Dans le domaine juridique, les législations sur les accidents du travail instituent des systèmes de réparation centrée autour de la notion de risque et non plus sur celle de faute: c'est le souci de la victime et de son dédommagement qui prime¹⁵. Solidarité, répartition équitable, réparation: c'est toujours

¹² JEAN KELLERHALS/NOËLLE LANGUIN/MASSIMO SARDI/RENAUD LIEBERHERR/GORDON AESCHIMANN, *Les conceptions populaires de la responsabilité et du rôle des assurances: une étude des normes de justice et de solidarité dans les mentalités contemporaines*. Rapport au Fonds National de la Recherche Scientifique (requête n° 1214-046968.96).

¹³ ALAIN ETCHGOYEN, *La vraie morale se moque de la morale*, Paris 1999.

¹⁴ FRANÇOIS EWALD, «Responsabilité», in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris 1993, p. 530-531.

¹⁵ LAURENCE ENGEL, «Vers une nouvelle approche de la responsabilité – Le droit français face à la dérive américaine», *Esprit*, Paris 1993, vol. 192, p. 5-31.

de la question du «juste» à l'intérieur du groupe dont il est question ici: la responsabilité n'est qu'un aspect de la thématique plus générale de la justice¹⁶.

Par rapport à cette floraison d'acceptions du terme de responsabilité et aux multiples territoires de recherche qu'elles dessinent, la recherche dont on présente ici quelques résultats globaux se limite à la question de savoir quelles sont aujourd'hui, dans les mentalités populaires, les conceptions prévalantes de la responsabilité civile.

Il s'agit donc, dans une perspective de sociologie juridique et morale, de cerner les images que l'on se fait de l'obligation faite à une (des) personne(s) de réparer des dommages causés à autrui: comment conçoit-on la justice en ce domaine? Comment formuler les droits et devoirs de la personne?

II. Concepts et méthode

Plus précisément, étudier les diverses conceptions populaires de la responsabilité civile revient à articuler les réponses apportées par tout un chacun à quatre problèmes fondamentaux avec lesquels le droit civil nous a familiarisés.

- a) Le premier est de définir les responsables réels de l'acte dommageable: c'est la question de l'imputation causale.
- b) Le deuxième est de définir la nature et le montant du préjudice: que doit-on réparer? A cet égard, il importe notamment de déterminer si la réparation doit tenir compte ou non i) des possibilités du fautif et ii) de celles du lésé. Cette question de la définition du dommage porte aussi sur les modalités de la prise en compte des atteintes morales et affectives dans les réparations dues: peut-on les convertir, et jusqu'à quel point, en valeur monétaire?
- c) Le troisième problème concerne la prise en charge de ces réparations. Comme elle passe aujourd'hui largement par les assurances, la question

¹⁶ JEAN KELLERHALS/MARIANNE MODAK/MASSIMO SARDI/NOËLLE LANGUIN/RENAUD LIEBERHERR, «Justice, sens de la responsabilité et relations sociales», in: *L'Année sociologique*, Paris 1995, vol. 45, p. 317-347. JEAN KELLERHALS/MARIANNE MODAK/DAVID PERRENOUD, *Le sentiment de justice dans les relations sociales*, Paris 1997.

est de savoir si celles-ci doivent ou non tout couvrir, même les risques les plus fous, et à quelles conditions de primes et de rétorsion éventuelle contre le fautif. D'où la question aussi de préciser quelles solidarités doivent exister entre les assurés: faut-il, dans une optique mutualiste, les amener à payer les uns pour les autres, ou est-il plus juste de moduler primes et réparations en fonction des risques encourus par chacun?

- d) Enfin, l'idée de responsabilité civile amène à préciser le rôle de l'Etat, notamment sur le plan de savoir s'il a le droit d'intervenir – et jusqu'où – tant dans l'éventuelle limitation des prises de risques individuelles que dans l'obligation faite aux personnes de s'assurer contre les risques qu'elles prennent et les dommages qu'elles provoquent. La simple évocation de ces quatre thèmes suffit à montrer que l'articulation des réponses données à chacun de ces niveaux peut permettre la définition de plusieurs «types-idéaux» de conceptions de la responsabilité que nous nous sommes attachés à dégager.

Nous avons cherché à définir cet état des mentalités en matière de responsabilité par le biais d'une étude par questionnaire auprès d'un échantillon représentatif des populations adultes des villes de Genève et de Zurich (n = 604 personnes de nationalité suisse, âgées de 18 à 74 ans). Chacune des dimensions du problème évoquées ci-dessus – imputation de la responsabilité, évaluation du préjudice, médiation de l'assurance et intervention étatique – a été abordée par le biais de questions ou de scénarios-problèmes concernant des situations courantes de la vie quotidienne où se posent des problèmes de dommages et de réparations. Le but de ces scénarios et questions n'était pas de tester la connaissance des interrogés dans le domaine du droit positif. La consigne donnée à l'interviewé était au contraire de définir ce que devrait dire une «loi juste» ou une bonne loi à propos des situations décrites: chacun était donc amené à énoncer sa propre idée de la justice.

Le tableau ci-dessous précise comment ces différents thèmes ont été abordés dans le questionnaire¹⁷ et quels indices ont été construits à partir des questions elles-mêmes.

¹⁷ Le libellé complet des questions mentionnées dans le tableau figure en annexe.

CONCEPTS ET INDICES

Dénomination de l'indice	Définition de l'indice	Questions utilisées pour la construction de l'indice
I. IMPUTATION		
Responsabilité individuelle	Responsabilité totale de l'individu, même si l'incitation à l'acte provient de tiers	Q 1 alcool (item 1) Q 9 petit crédit (item 1) (l'individu est jugé premier responsable)
Agentisme	Report de la responsabilité d'un subordonné sur l'organisation dont il dépend	Q 3 chauffeur (item 1) (l'employeur est responsable, le chauffeur n'est pas responsable)
Intentionnalité	Prise en compte des conséquences d'un acte, même non prévisibles lors de sa commission	Q 10 amiante (items 2, 3 ou 4) Q 16 vache (items 2, 3 ou 4) (l'auteur reste responsable des effets même non connus de ses actions)
Révocabilité	Possibilité de revenir unilatéralement sur ses engagements (droit au regret)	Q 13 ordinateur (item 1) (l'achat effectué la veille peut être annulé)
Transitivité	Prise en charge de la réparation par une instance tierce lorsque le responsable est introuvable ou insolvable	Q 17 vieille dame (items 2 ou 3) (l'Etat doit indemniser les victimes d'actes dont les auteurs ne sont pas connus)
II. ÉVALUATION/RÉPARATION		
Proportionnalité	Prise en considération, pour la réparation, des capacités financières du fautif	Q 18 accident (item a: oui) Q 20 campeur (items 2 ou 3) (le montant de la réparation doit être adapté aux revenus du fautif)
Subjectivisme	Prise en considération, pour la réparation, de l'identité, des ressources et des besoins de la victime	Q 18 accident (items b, c ou d: oui) (le calcul du montant de la réparation doit dépendre des caractéristiques personnelles de la victime)
Convertibilité	Possibilité de compensation monétaire des dommages irréversibles ou «non matériels»	Q 21 tort moral (item 3) (des dommages-intérêts doivent être versés à titre d'indemnisation du tort moral)

III. MÉDIATION DE L'ASSURANCE

Rétorsion	Autorisation pour l'assurance de limiter ses prestations lorsque l'assuré prend des risques excessifs	Q 26 prise de risques (items 1 ou 3 (la prise de risque excessive conduit à l'exclusion ou à la réduction des prestations)
Absolvabilité	Aucun droit de recours de l'assurance contre un assuré fautif	Q 27 faute grave (item 1) (l'assuré fautif est assuré de l'impunité)
Solidarité	Refus de former des groupes sélectifs d'assurés en fonction de facteurs identitaires (sexe, âge, profession)	Q 30 communautarisme personnel (item 2) Q 31 communautarisme contextuel ¹⁶ (item 2) (le montant des primes d'assurance est identique pour tous)

IV. INTERVENTION DE L'ÉTAT

Interventionnisme étatique	Reconnaissance du droit d'intervention de l'Etat pour limiter des prises de risque individuelles	Q 12 interventionnisme (items 1 ou 2) Q 28 responsabilisation ¹⁷ (items a ou b, rép. 1 ou 3) (accord au droit d'ingérence de l'Etat pour restreindre les risques)
Assurantialisme	Adhésion à l'obligation d'assurance	Q 36 obligation d'assurance (items a à e: oui) (l'obligation de s'assurer est souhaitée)
Proximité décisionnelle	Droit donné aux acteurs les plus directement concernés de décider en dernière instance d'une prise de risque collective	Q 11 décideur (item 3) (la prise de décision appartient aux personnes directement concernées)
Privatisation	Préférence pour une gestion privée des assurances	Q 32 gestion (item 1) (il y a accord pour la privatisation des assurances)

¹⁸ L'indice est construit uniquement à partir des assurances maladie et responsabilité civile, avec les critères de sexe, d'âge et de profession.

¹⁹ L'indice tient compte pour la Q28 des réponses jugées légitimes pour une interdiction des ventes ou une augmentation des prix à la fois pour l'alcool et pour le tabac, et des réponses favorables à une intervention de l'Etat à la Q12.

III. Esquisse des quatre types d'attitude

Les quinze indices définis ci-dessus ont ensuite fait l'objet d'une analyse en «clusters», afin de dégager d'éventuels types de conceptions de la responsabilité. Cette méthode vise à répartir les individus en classes partageant des caractéristiques communes, pour ainsi déboucher sur la constitution de typologies inductives. L'opération s'effectue par la formation de «grappes» dont les constituants sont aussi homogènes que possible tout en se différenciant autant que faire se peut les uns des autres. Nous avons utilisé comme critère de constitution des grappes la méthode de Ward qui a pour principe de minimiser la dispersion intra-catégorielle (par contraste avec les méthodes qui privilégient la distance moyenne ou la distance maximale entre les catégories).

On sait que, dans la «cluster analysis», c'est le chercheur qui choisit en dernière analyse le nombre de groupes qu'il veut bien distinguer. On l'a fait en comparant la qualité de différenciation et de clarification qu'apportaient les partitions en 3, 4, 5 et 6 groupes. Dans cet ensemble de solutions, celle qui retient cinq groupes d'attitudes s'avère la plus heuristique. Quatre d'entre eux – que nous nommons le providentialisme, le libéralisme, le communautarisme et le dirigisme – sont clairement «lisibles», au sens où ils évoquent des conceptions assez logiques – bien qu'évidemment différentes – du sentiment de responsabilité. Le cinquième, représentant 10% de la population, n'est par contre pas clairement identifiable. On analysera donc ici brièvement les quatre premiers.

Le *Providentialisme* (25% des opinions) met clairement en avant la primauté de la protection de l'individu contre un environnement social jugé contraignant et même hostile, voire même contre les conséquences de ses propres décisions. Réclamant une grande liberté d'action individuelle assortie d'un minimum d'obligations et d'un maximum de protection, l'individu est perçu comme un être dépendant des forces impersonnelles qui pèsent sur lui (pression du stress, de la compétition, de la publicité). C'est pourquoi le droit au regret – c'est à dire la possibilité de se dédire de ses engagements – et la protection systématique contre la «faute» doivent être garantis. Dans le cadre professionnel c'est à l'entreprise d'assumer les conséquences d'une erreur de l'employé et sur le plan individuel c'est l'assurance, dont le rôle est décisif pour que l'individu puisse mener sans crainte le genre de vie qui lui plaît, qui

prendra en charge les éventuels manquements. Fragile mais libre quant à ses décisions, l'individu évalue ses responsabilités à l'aune du subjectivisme: lorsque des réparations sont dues, elles ne peuvent l'être que proportionnellement à ses moyens; l'ampleur de l'évaluation de torts moraux dépend de la situation subjective du lésé. Dans cette optique, la prise de risque n'est pas du ressort de la régulation par l'Etat, qui n'a pas à interdire ou à rendre excessif le coût de certains comportements risqués ni à décider de la prise de risques collectifs. La place laissée à la communauté est donc mince, y compris quand il s'agit de définir la solidarité en matière d'assurances.

Le *Libéralisme* (10% des opinions) souligne avec force l'autonomie de la volonté individuelle en ce qui concerne l'assomption des responsabilités. Le droit au regret n'est que peu reconnu: un contrat, quel qu'il soit, se doit d'être honoré; les coups du sort ne peuvent être compensés: la victime d'une agression dont l'auteur ne peut être identifié assumera le préjudice subi. C'est un critère d'objectivité qui préside à l'évaluation du montant des réparations à prendre en charge en cas de dommages. Mais cette manière d'assumer droits et devoirs n'est pas pour autant le contraire absolu du providentialisme; le libéralisme reconnaît certes les droits comme les devoirs que le primat de la volonté consacre mais, c'est aussi une philosophie qui laisse une large place à l'assurance. Cette dernière doit absoudre les fautes des individus et couvrir les risques qu'ils ont librement choisis de courir. De plus, le libéral ne sollicite pas spécialement l'intervention de l'Etat: c'est aux individus de prendre leurs décisions et d'assumer les conséquences de leurs actes, et c'est collectivement qu'ils décident des risques qu'ils sont à même d'assumer.

Le *Communautarisme* (33% des opinions) met surtout l'accent sur la pesée des intérêts des parties en présence (par une comparaison entre individus d'une part, entre individus et collectivité d'autre part). En principe, la personne est responsable de ses actes mais lorsque la pression sociale qui s'exerce sur elle est trop forte, une exonération peut être requise, et c'est d'ailleurs souvent le cas. Un subtil compromis doit donc s'établir entre l'exigence de protection que réclament les individus et le souhait du respect de leur liberté personnelle qu'inévitablement ce besoin de protection entrave. C'est dire que, comme dans la philosophie providentialiste, le droit au regret, l'absolution de la faute professionnelle, la réparation – par une instance tierce – de dommages non intentionnels ou dont les auteurs ne sont pas connus sont largement plébiscités. Mais, corollaire de cette protection étendue, la per-

sonne doit accepter que la collectivité régule d'une certaine manière sa vie privée. Les assurances, généralement obligatoires, réglementent précisément les prestations dues et peuvent même aller jusqu'à les limiter ou les exclure en cas de prise de risques estimée excessive. De même, l'Etat doit pouvoir intervenir pour interdire certains comportements risqués ou dissuader d'y recourir dans l'intérêt bien compris de la collectivité.

Le *Dirigisme* (21% des opinions) est avant tout préoccupé d'ordre et d'efficacité et légitime une conception très traditionnelle de la responsabilité. Comptable de ses actes, l'individu ne peut ni révoquer ses engagements ni reporter le poids de la réparation due sur une instance tierce ou supérieure. C'est dire que le respect des obligations est sévèrement contrôlé et que l'objectivité dans le calcul du coût des réparations est de mise: les torts moraux ne sont pris en compte que de manière symbolique et la définition des réparations dues en cas de dommage ressortit d'un calcul objectif et non des ressources personnelles du fautif. L'assurance est dans cette philosophie conçue comme une protection indispensable et chaque individu est donc tenu d'y souscrire. Pour qu'elle fonctionne au mieux – c'est le souci d'efficacité qui prime – elle s'organise et gère cotisations et prestations en formant des groupes homogènes d'assurés dont les droits et devoirs sont précisément décrits. Dans la même ligne, l'Etat peut limiter de manière générale certains risques dont la survenance pourrait s'avérer coûteuse pour la société et décider en dernier recours des prises de risque collectif.

CONCLUSION

Quand on rapproche les conceptions de la responsabilité dégagées dans la présente étude des principes de justice émanant des recherches que nous avons pu faire sur la justice dans la famille et sur le sentiment du «juste contrat» – et que l'on gomme un peu les spécificités ou idiosyncrasies liées à chaque domaine –, on s'aperçoit que de l'ensemble de ces thèmes se dégagent trois images-guide différentes de ce qui constitue la justice: 1) le juste est ce qui résulte de l'expression concordante des volontés; 2) le juste est ce qui produit un «bien» supérieur; 3) le juste est ce qui garantit un même sort à des acteurs de même statut (et réciproquement).

Il y a donc à la fois une pluralité des modes d'expression du juste, mais une limitation de ces modes à un nombre petit et fini de principes. Peut-être qu'un degré supérieur d'abstraction amènerait à considérer que l'on peut opposer simplement les conceptions qui font du juste l'origine du bien à celles qui font de ce dernier la source du juste.

Mais ce n'est pas ce qui nous retiendra dans cette conclusion.

Il nous importe plutôt de relever que, dans l'ensemble de nos travaux sur ce thème, et quoique avec des intensités différentes, trois genres de variations se font jour dans les préférences subjectives pour l'un ou l'autre principe de justice.

Le sens de la justice dépend singulièrement du niveau de pouvoir de l'acteur: l'accroissement de pouvoir correspond à une insistance plus grande mise sur le principe d'expression des volontés; un faible pouvoir correspond à un souci de formes variables de providence qui viendraient rétablir des situations jugées iniques, quitte à faire fi de l'expression concordante des volontés ou de l'égalité de traitement.

Ce même sens du juste varie sensiblement avec l'enjeu qui lui est associé. On n'applique pas les mêmes principes selon que de l'argent, des droits civiques, de la sollicitude ou des états de santé sont en jeu. Mais la grammaire qui établit la correspondance entre les principes et les «objets» en jeu n'est pas encore établie.

L'idée du juste varie selon le degré de proximité affective et d'abstraction des acteurs en présence. Plus cette proximité est nette – et moins, de surcroît, l'abstraction est grande – moins l'accent sur le formalisme, sur la seule prise en considération de l'expression des volontés ou de l'égalité de traitement, se fait fort. On préfère des critères finalistes.

Loin donc d'apparaître comme reflétant le simple équilibre de choses échangées, le sentiment de justice en matière de droits et responsabilités traduit davantage une volonté de reconnaître ou de promouvoir un type de relation entre les acteurs. Il répond finalement à la question «qui est ton prochain?». En cela, ce sentiment demeure fatalement politique.

Il reste que les études que nous avons menées s'inscrivent surtout dans le domaine de la justice distributive, et qu'il convient d'en vérifier la pertinence

et la complétude en s'intéressant au secteur de la justice rétributive ou pénale. Aux questions «comment rendre à chacun son dû?» et «quelles règles adopter pour cette répartition?» fait écho la question «comment sanctionner l'atteinte à un bien moral dont la société est garante?». Vol, mensonge, violence... Comment, et pourquoi les punir?

La parenté de la problématique entre ces deux volets de la justice est évidente et les hypothèses s'enchaînent naturellement. Retrouve-t-on une vision *objectiviste* de la justice rétributive qui met en balance proportionnelle contribution et rétribution et pour laquelle à chaque délit correspondrait une peine qualifiée et quantifiée précisément? Ou une vision *contextualiste* dans laquelle la définition de la peine serait dépendante: a) des relations existant entre les membres d'un groupe, c'est-à-dire de la proximité ou de la distance, de la similitude ou de la différence entre les individus, et b) du niveau de pouvoir – ressources socio-économiques – des acteurs impliqués? Nous nous sommes penchés sur cette question dans une recherche²⁰ sur le sentiment de justice en matière de sanction pénale qui s'articule autour des questions suivantes: comment apprécier la responsabilité des délinquants, quelles finalités assigner à la peine, quels critères utiliser pour associer (éventuellement) l'ampleur du délit et celle de la sanction, quels acteurs faire intervenir dans le processus de décision? La récolte des données auprès d'un échantillon de 2000 personnes est prête. Nous en sommes au stade de l'analyse. Celle-ci permettra peut-être de montrer ici encore que le sentiment de justice en général – tant dans le domaine de la justice distributive que procédurale et rétributive –, n'apparaît pas comme reflétant le simple équilibre de choses échangées, de contributions et de rétributions, mais traduit davantage une volonté de reconnaître ou de promouvoir un type de relation entre les acteurs.

²⁰ CHRISTIAN-NILS ROBERT/JEAN KELLERHALS/NOËLLE LANGUIN, «Les représentations sociales de la sanction pénale», recherche en cours, projet Fonds National n° 1114-055893.98.

ANNEXE: LES QUESTIONS

1) Imputation

Q1. Les maladies et les problèmes de l'alcoolisme entraînent d'importantes dépenses de santé. Selon vous, qui est le plus responsable de cette situation? (Classer ces trois propositions par ordre d'importance)

	1 ^{er} resp.	2 ^{ème} resp.	3 ^{ème} resp.
1) Les individus qui abusent de ces produits	54%	27%	16%
2) Les producteurs de boissons alcoolisées qui, par leur publicité, incitent à une consommation exagérée	10%	31%	54%
3) Notre société de plus en plus stressante qui entraîne ce genre d'abus	36%	37%	23%

Q9. Il y a aujourd'hui un surendettement dramatique de certains ménages lié au petit crédit. Selon vous, qui est le plus responsable de cette situation? (Classer ces trois propositions par ordre d'importance).

	1 ^{er} resp.	2 ^{ème} resp.	3 ^{ème} resp.
1) Les personnes qui ne savent pas résister à la tentation	47%	27%	25%
2) Les banques qui accordent des crédits trop facilement	30%	42%	27%
3) La société qui met trop l'accent sur les valeurs de consommation	23%	29%	45%

Q3. Le chauffeur d'une entreprise de transports, fatigué d'avoir dû rouler trop longtemps pour tenir les délais de son employeur, perd la maîtrise de son véhicule et emboutit une maison en causant la mort d'un locataire.

Selon vous, qui la loi devrait-elle considérer comme le principal responsable?

1) L'employeur. C'est à cause des délais imposés au chauffeur que l'accident a eu lieu	70%
2) Le chauffeur. Il était de son devoir de s'arrêter pour se reposer	25%

Q10. De nombreux ouvriers de la métallurgie souffrent de cancers divers dus à l'exposition répétée aux parois d'amiante des usines. L'effet nocif de ce matériau étant aujourd'hui prouvé (ce qui n'était pas le cas il y a dix ans), qui devrait, selon vous, accorder des dommages et intérêts à ces travailleurs?

1) Personne, car on ne connaissait pas du tout ces dangers. C'est la fatalité	15%
2) Les producteurs et distributeurs d'amiante	33%
3) Les entreprises qui ont utilisé ce matériau pour leurs usines	20%
4) L'Etat: puisque personne n'est fautif, c'est à lui d'indemniser	27%

Q16. M. Brun, paysan de montagne, vend sa vache à son voisin, sans se rendre compte qu'elle est malade et contagieuse. Elle meurt après avoir contaminé les deux autres vaches du voisin qui meurent aussi. Du fait de cette perte, le malheureux acheteur n'arrive plus à honorer ses dettes et doit vendre une grande partie de son matériel agricole dans de mauvaises conditions, ce qui lui fait perdre encore 15'000 francs. Au tribunal, il réclame au vendeur des dommages et intérêts. Que devrait prévoir une loi juste pour une telle situation?

1) Monsieur Brun ne devrait rien rembourser, il ignorait que sa vache était malade	33%
2) Monsieur Brun devrait rembourser seulement le prix de la vache malade	41%
3) Monsieur Brun devrait rembourser les trois vaches	12%
4) Monsieur Brun devrait rembourser les trois vaches ainsi que les autres pertes	8%

Q13. Madame Grandjean achète un ordinateur valant 5'000 francs et rentre chez elle avec l'objet. Regrettant son achat, elle le ramène le lendemain en parfait état au magasin pour le rendre. Le vendeur n'est pas d'accord de le reprendre. Selon vous, la loi devrait-elle autoriser Madame Grandjean à rendre l'ordinateur sans autre?

1) Oui	71%
2) Non	28%

Q17. Agressée par un voleur une vieille dame veuve se casse le col du fémur et se fait voler 2'000 francs. On ne retrouve pas le voleur. (*Les suites de l'accident sont prises en charge par l'assurance maladie.*)

Selon vous, dans de telles situations, serait-il juste que l'Etat doive dédommager la victime?

- | | |
|---|-----|
| 1) Non, c'est malheureux, mais l'Etat ne peut pas compenser tous les aléas de la vie | 71% |
| 2) Oui, l'Etat devrait rembourser les 2'000 francs volés | 16% |
| 3) Oui, l'Etat devrait rembourser les 2'000 francs, plus une somme pour compenser le boitement qu'elle conserve | 11% |

2) Evaluation et réparation du préjudice

Q18. Suite à un accident dont est responsable un autre conducteur, M. Ducroz se retrouve paralysé des deux jambes. Les assurances paient toutes les suites de l'accident, y compris la perte de gain. La loi prévoit en plus le paiement de dommages et intérêts pour tort moral.

Selon vous, sur quel(s) critère(s) faudrait-il se baser pour fixer le montant de ces dommages et intérêts?

- | | <i>oui</i> | <i>non</i> |
|---|------------|------------|
| 1) Il faudrait tenir compte des revenus du fautif | 61% | 37% |
| 2) Il faudrait tenir compte des revenus de la victime | 65% | 34% |
| 3) Il faudrait tenir compte du style de vie de la victime: un grand amateur de randonnées pédestres souffrira plus | 46% | 52% |
| 4) Il faudrait tenir compte de l'âge de la victime | 57% | 41% |
| 5) Il faudrait considérer la gravité du comportement fautif: faute légère (distraction) ou plus lourde (état d'ivresse) | 84% | 15% |
| 6) Il faudrait tenir compte du pays de résidence de la victime: payer moins lors que le coût de la vie est très bas (Tiers Monde) | 40% | 58% |

Q20. En montagne, un campeur imprudent fait un feu qui, sous l'effet du vent, incendie un vaste rural. Les dégâts s'élèvent à 1'400'000 francs. Le campeur n'est pas assuré. Selon vous, quel remboursement devrait fixer une loi juste?

- | | |
|--|-----|
| 1) Le campeur doit rembourser intégralement (même si cela lui prend des dizaines d'années) | 9% |
| 2) Le campeur devrait rembourser un montant plus restreint, adapté à ses possibilités | 44% |
| 3) Le remboursement du campeur devrait tenir compte à la fois de ses possibilités et du niveau de fortune du propriétaire du rural | 43% |

Q21. Alors que certaines victimes d'agression estiment qu'elles ont droit à une compensation financière pour tort moral, d'autres pensent qu'on ne peut pas réparer ces souffrances avec de l'argent. Selon vous, indépendamment des frais matériels qui sont couverts (perte de gain, traitements médicaux, thérapie...), quelle compensation devrait fixer une loi juste dans les situations suivantes?

- | | | | | | |
|--|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| a) L'enfant d'un couple se fait tuer | | | | | |
| b) Une adolescente se fait violer | | | | | |
| c) Suite à un accident de la circulation dont il n'est pas responsable, un individu boite définitivement | | | | | |
| d) Une femme est très enlaidie par une morsure de chien au visage | | | | | |
| e) Une personne est calomniée: on l'accuse à tort de pédophilie et tout le monde la fuit et l'insulte | | | | | |
| | <i>a)</i> | <i>b)</i> | <i>c)</i> | <i>d)</i> | <i>e)</i> |
| 1) Aucune, on ne peut pas évaluer ce dommage par de l'argent | 31% | 17% | 12% | 11% | 25% |
| 2) Donner une somme d'environ 10'000 francs (compensation modeste) | 24% | 30% | 38% | 36% | 40% |
| 3) Donner une somme d'environ 300'000 francs (compensation importante) | 36% | 47% | 43% | 49% | 30% |

3) Médiation de l'assurance

Q26. Certaines personnes prennent des risques considérables en pratiquant des sports dangereux, en fumant ou en buvant beaucoup. Face à ces comportements, l'assurance maladie et accidents pourrait prendre certaines mesures comme par exemple exclure la couverture des dommages liés au risque pris, augmenter les primes de ces assurés ou réduire leurs prestations.

Face aux comportements suivants, quelle mesure estimeriez-vous juste de prendre?

- a) Ceux qui pratiquent régulièrement un sport comportant des risques (parapente, motocross, boxe)
- b) Les très gros fumeurs (un à deux paquets de cigarettes par jour)
- c) Les très gros consommateurs d'alcool
- d) Ceux qui écoutent de la musique à un niveau pouvant endommager leur ouïe (walkman, discothèque)

	<i>a)</i>	<i>b)</i>	<i>c)</i>	<i>d)</i>
1) Exclure la couverture du risque	6%	8%	7%	10%
2) Augmenter les primes de l'assuré	65%	46%	46%	27%
3) Réduire les prestations de l'assuré	6%	12%	14%	11%
4) Rien de tout cela	22%	33%	32%	50%

Q27. A la suite d'une faute grave, comme par exemple la conduite en état d'ivresse avancée, il arrive qu'une personne cause des dommages importants à une autre. Dans de tels cas, pensez-vous que les assurances devraient pouvoir se retourner contre le fautif ? (Après, bien sûr, avoir indemnisé la victime et réparé les dégâts).

- 1) Non, elles ne devraient pas pouvoir le faire 15%
- 2) Oui, elles devraient pouvoir le faire, mais avoir aussi la liberté d'y renoncer 63%
- 3) Oui, elles devraient être obligées de le faire 21%

Q30. En matière d'assurances, les personnes ne courent pas toutes les mêmes risques. Ces différences entre les individus devraient-elles, à votre avis, entraîner des variations de la prime? Par exemple:

- a) Les primes de l'assurance maladie
- b) Les primes de l'assurance responsabilité civile générale
- c) Les primes de l'assurance responsabilité civile auto/moto

	<i>a)</i>	<i>b)</i>	<i>c)</i>
1) Devraient varier en fonction du sexe	10%	4%	10%
2) Ne devraient pas varier en fonction du sexe	89%	95%	88%
3) Devraient varier en fonction de l'âge	33%	14%	38%
4) Ne devraient pas varier en fonction de l'âge	67%	85%	60%

Q31. Les coûts de la santé sont différents selon les régions tout comme les risques d'accidents de la circulation. Ce fait a conduit les assurances à fixer des primes différentes selon les risques estimés (par exemple, l'assurance accident est plus chère pour les professions plus risquées, l'assurance RC auto/moto est plus chère dans les régions où les accidents sont plus nombreux). A votre avis, est-il légitime que la prime de certaines assurances puisse varier selon certains critères: Par exemple, la prime devrait-elle varier en fonction de

- a) La région (ville, campagne) où l'on habite
- b) La profession que l'on exerce
- c) La nationalité que l'on possède

	<i>a)</i>	<i>b)</i>	<i>c)</i>
Oui pour l'assurance maladie	17%	26%	4%
Non pour l'assurance maladie	82%	73%	96%
Oui pour l'assurance RC auto/moto	16%	24%	4%
Non pour l'assurance RC auto/moto	82%	72%	93%

4) Gestion du risque

Q12. De nombreuses personnes pensent que l'Etat a le droit de limiter certains comportements risqués – fumer, pratiquer des sports violents etc. – au nom de l'intérêt collectif (parce qu'ils augmentent les coûts de la santé par exemple). D'autres pensent que c'est une atteinte trop forte à la liberté individuelle.

Dans les situations suivantes, l'Etat devrait-il pouvoir imposer des règles comme:

- a) L'interdiction d'affiches et de publicité pour l'alcool et les cigarettes
- b) La limitation de certains sports à risque (motocross, boxe, etc.)
- c) L'interdiction des jeux d'argent
- d) L'obligation d'attacher sa ceinture en conduisant

	a)	b)	c)	d)
Tout à fait le droit	33%	7%	22%	60%
Plutôt le droit	29%	19%	24%	21%
Plutôt pas le droit	16%	26%	21%	8%
Pas du tout le droit	21%	47%	32%	10%

Q28. L'abus d'alcool et de fumée coûte chaque année des millions en frais médicaux. Pour réduire ces coûts, l'Etat pourrait prendre certaines mesures pour limiter la consommation de ces produits.

D) Comment jugez-vous les moyens suivants pour la consommation d'alcool:

- a) L'interdiction de la vente ou la limitation forte des quantités autorisées (carnets, tickets, etc.)
- b) L'augmentation du prix de ce produit
- c) Davantage d'information sur les méfaits de l'alcool, l'organisation de groupes de discussion dans les écoles

	a)	b)	c)
Moyen légitime et efficace	7%	29%	77%
Moyen efficace, mais peu légitime	14%	15%	5%
Moyen légitime, mais peu efficace	20%	33%	16%
Moyen inefficace et illégitime	58%	21%	1%

II) Comment jugez-vous les moyens suivants pour la consommation de tabac:

- a) L'interdiction de la vente ou la limitation forte des quantités autorisées (carnets, tickets, etc.)
- b) L'augmentation du prix de ce produit
- c) Davantage d'information sur les méfaits du tabac, l'organisation de groupes de discussion dans les écoles

	a)	b)	c)
Moyen légitime et efficace	8%	31%	77%
Moyen efficace, mais peu légitime	13%	13%	4%
Moyen légitime, mais peu efficace	21%	35%	17%
Moyen inefficace et illégitime	58%	21%	1%

Q36. Est-ce que, selon vous, les lois suisses devraient rendre obligatoires ou maintenir obligatoires les assurances suivantes:

	<i>oui</i>	<i>non</i>
a) L'assurance responsabilité civile générale (couvre les dommages corporels et matériels causés à un tiers)	73%	25%
b) L'assurance ménage et vol (couvre les dommages causés à notre propre patrimoine et à nos propres biens)	30%	70%
c) *L'assurance maladie et accidents	93%	7%
d) *L'assurance chômage	95%	5%
e) *Le deuxième pilier (loi sur la prévoyance professionnelle)	3%	15%

*ces assurances sont actuellement obligatoires

Q11. Dans les situations suivantes, dites-moi qui, des autorités politiques, des spécialistes scientifiques autorisés ou de la population, devrait décider en dernier recours lors de:

- a) La création d'un site d'entreposage de déchets radioactifs
- b) La construction d'une infrastructure importante (autoroute, aéroport, etc.)
- c) L'interdiction de fumer sur les lieux de travail
- d) La mise sur le marché d'aliments modifiés génétiquement

	a)	b)	c)	d)
Les autorités politiques	20%	30%	11%	21%
Les spécialistes ou les autorités compétentes	32%	18%	15%	34%
La population concernée ou résidente	47%	50%	70%	42%

Q32. Certains pensent que les assurances peuvent être mieux gérées par des entreprises privées qui, grâce à la concurrence, garantissent de bons prix aux consommateurs. D'autre estiment au contraire qu'elles le sont mieux par le secteur public qui empêche que cette gestion soit basée sur le profit. Selon vous

- a) L'assurance maladie de base
- b) L'assurance responsabilité civile auto/moto

	a)	b)
1) Devrait être gérée par le secteur privé	41%	62%
2) Devrait être gérée par le secteur public	52%	30%

(Le solde manquant dans les pourcentages est constitué par les personnes qui n'ont pas su choisir de réponses parmi les solutions proposées. Le graphisme du questionnaire original est plus explicite, par exemple les questions 21 et 26 se présentent sous forme de tableau avec les comportements risqués en ligne suivi de la mesure à prendre en colonne. Des contraintes d'espace nous obligent à présenter cette forme condensée)

NORME ET TEXTE: LOGIQUE TEXTUELLE ET ÉTAT DE DROIT

PIERRE MOOR

Professeur à l'Université de Lausanne

Manifestement, l'activité juridique consiste à travailler avec – ou sur – des textes. Il y a des normes, exprimées sous forme générale et abstraite, au moyen des règles syntaxiques et lexicales du langage courant – pour le lexique, avec les précisions nécessaires au maniement technique; ces normes ont un sens, impératif pour le règlement de tout cas concret qui entre dans leur champ d'application. Ces normes sont des textes – elles sont écrites – mais, malheureusement, leur sens n'est pas toujours clair. Il faut alors interpréter le texte pour fixer le sens de la norme. Il y a pour cela un répertoire de méthodes usuelles.

Et, dans les facultés de droit, on enseigne ces textes, dans les interprétations – convergentes ou divergentes – que leur donnent la jurisprudence et la doctrine.

Telle est la vulgate de la théorie juridique, du moins dans les pays de droit écrit.

On sait pourtant depuis longtemps que l'équivalence entre texte et norme est problématique. L'interminable débat sur l'interprétation en témoigne, de même que le transfert de ce débat au niveau supérieur, dénommé «herméneutique». Cantonné assez souvent sur le plan épistémologique, le questionnement risque d'éluder ce qui est en jeu plus profondément, à savoir les rapports entre la méthodologie juridique et la structure postulée par les ordres juridico-politiques revendiquant la qualité d'Etat de droit. Dans les faits, on assiste plutôt à une juxtaposition. D'une part, la théorie juridique est principalement axée sur des conceptions normativistes et les problèmes logiques (qu'est-ce qu'appliquer une norme?), éthiques (quel est le bon contenu des normes?), ontologiques (quel est le fondement de l'édifice normatif?) qu'elles

posent. De son côté, la théorie de l'Etat de droit porte sur les garanties spécifiques indispensables que le droit public doit apporter à sa constitution (modèle de la séparation des pouvoirs, principe de légalité, institution des droits fondamentaux). Si les deux – théorie du droit et théorie de l'Etat – se rejoignent, c'est sur les dimensions éthique et ontologique, avec des conceptions variées qui, souvent, fusionnent les deux aspects (ainsi les théories de la justice à partir de la catégorie d'un contrat fondamental rationnellement négocié ou de la valeur transcendante de la personne humaine, ou celles qui se basent sur l'institution démocratique, etc.). Quoi qu'il en soit, prédomine la conception d'un ensemble de normes qui sont censées déterminer, dans le même temps et en vertu de la même impérativité immédiate, les comportements humains et les actes des autorités ayant à statuer sur leur transgression.

Or, cette conception pose immédiatement la question de la logique qui est censée permettre d'«appliquer» la norme aux cas qu'elle doit régir. La conception normativiste tend à isoler deux mondes: celui que la loi ne régit pas, et qui est celui du libre-arbitre des individus (même si cette liberté est complètement niée au niveaux macrosociologique et macroéconomique, régis, eux, par des «lois» édictées comme par une «main invisible»), et celui qu'elle régit, lequel relève de l'ordre de la nécessité – puisque les normes sont impératives. Il est déjà paradoxal que deux mondes aussi différents puissent simplement coexister, puisque, en réalité, l'un a l'autre pour objet (les comportements humains). Il est ensuite certain, en tout cas pour celui qui observe la pratique du droit, que les normes ne peuvent être effectivement «appliquées» sans qu'il y ait, dans l'acte même de cette application, au moins une certaine liberté: mais comment l'admettre dans la théorie sans faire vaciller le fondement même du droit? D'où les discussions méthodologiques infinies dont la répétition démontre le caractère aporétique. On fera ici l'hypothèse que le problème épistémologique est sans solution possible précisément parce que les termes dans lesquels il est posé traditionnellement lui sont dictés par le développement d'un raisonnement qui veut résoudre *avant* les questions éthiques et ontologiques.

On va tenter ici cependant de suivre un autre chemin, qui commencerait avec un réexamen de l'épistémologie juridique – au lieu d'y aboutir. On pourrait alors, paradoxalement, que la norme s'accompagne au niveau de sa logique même de toute la liberté requise pour pouvoir «dire» le droit et que la reconnaissance de cette liberté – si elle est déployée dans toutes les potentia-

lités inhérentes à l'acte du «dire» à partir de «textes» – est la condition même de l'Etat de droit: toutes les garanties qui qualifient ce type de structure politique, non seulement sont inconcevables sans une telle logique, mais n'en sont qu'une transcription.

C'est ce chemin que les notes qui suivent vont parcourir¹. Elles ne sont pas numérotées. Cela pourrait signifier qu'une lecture dans un ordre différent ne présenterait pas forcément moins de cohérence: elle ouvrirait d'autres chemins, d'autres perspectives, qui ne sont ici qu'esquissés. Serait ainsi illustrée une idée sous-jacente. Toute lecture obéit à l'ordre unidirectionnel qui lui est imposé par le temps qu'occupe l'acte de lire. C'est ainsi qu'apparaît comme nécessité logique une succession hiérarchique des arguments, se déployant non seulement l'un après l'autre, mais aussi le suivant à partir du précédent. Cependant, si l'ordre juridique constitue réellement un système, il forme une unité complexe dont seule une appréhension globale – d'un seul regard, comme on voit une toile d'araignée – permettrait de rendre compte: la poésie en est capable – d'où l'utilité des métaphores. A en rester au prosaïsme des concepts, un seul moyen existe: suivre la succession donnée par la formulation du texte en restant conscient que d'autres successions renverraient à d'autres perspectives qui pourtant, précisément parce qu'on est en position de lecteur, ne peuvent être suivies dans l'instant; seules ces lectures potentielles, indéfiniment suspendues, permettent de parcourir hypothétiquement le système dans la globalité de ses sens.

¹ Des idées sont rassemblées ici qui ont figuré, séparément, dans des articles antérieurs: PIERRE MOOR, «Dire le droit», in: *Revue européenne des sciences sociales*, Genève 1997, N° 107, p. 33 ss; PIERRE MOOR, «Herméneutique et droit administratif (la question du pouvoir)», in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles 1999, p. 51 ss; PIERRE MOOR, «Éthique, juridique, politique: trinité laïque?», in: *Revue européenne des sciences sociales*, Genève 2000, N° 118, p. 29 ss. Ce rassemblement n'aurait pas été possible sans la lecture de l'ouvrage de FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin 1993 (*Discours de la méthode juridique*, traduction française par OLIVIER JOUANJAN, Paris 1996; on citera par la suite la traduction) et sans celle de l'œuvre de PAUL RICŒUR, *Du texte à l'action – Essais d'herméneutique II*, Paris 1986. Et il s'est enrichi enfin des réflexions suscitées par JACQUES DERRIDA, *Force de loi*, Paris 1994, et par GIORGIO AGAMBEN, *Homo sacer*, Paris 1994.

Ce qui existe, comme phénomène, c'est le texte légal: c'est le seul objet qui soit réellement, tel quel, sujet à une appréhension commune et identique: ce sont les mêmes mots qui sont lus par chaque lecteur. Mais la norme est en quelque sorte derrière les mots du texte légal: elle est le sens de la formulation. Ce sens, il faut le fixer, et il ne peut l'être que par un autre texte qui, par conséquent, repose à nouveau la question de son propre sens. Et il faut continuer ainsi jusqu'à ce qu'on aboutisse à un texte dit clair. Cette succession part d'un texte originaire – la loi –, puis, par cascades, se termine par un jugement relatif à une situation concrète. L'interprétation de la loi aura passé, par exemple, par un règlement d'exécution et par une suite de jugements concrets constituant une jurisprudence – sans compter les apports de la doctrine.

Un texte est clair lorsque son sens ne réclame plus aucun autre texte pour être admis par n'importe quel lecteur comme applicable au cas concret. Ce déchiffrement progressif, par étapes successives, permet de constituer la majeure de ce qui est communément appelé le syllogisme juridique: les faits de la catégorie A entraînent l'effet juridique du genre B (c'est la norme déchiffrée), or le fait X rentre dans la catégorie A (c'est la situation concrète), donc X entraîne un effet du genre B (c'est la conclusion juridique concrète).

Cette vulgate épistémologique ne poserait pas de problèmes s'il était facile d'aboutir à des textes clairs. Et il en existe certes qui le sont à la première lecture: ils sont rarissimes. La plupart des textes juridiques exigent d'être déchiffrés. On pourrait penser dès lors qu'il y a une méthodologie assurée de la découverte du sens: ce n'est pas le cas. Ce qui est enseigné, c'est un catalogue de méthodes, avec l'énoncé de leurs qualités et de leurs défauts. Mais il ne se trouve pas une norme qui fixe les règles du travail d'interprétation. C'est une situation paradoxale que les normes du droit positif soient considérées comme impératives, quand bien même aucune méthode impérative n'a pu être élaborée pour la détermination de leur sens, c'est-à-dire précisément pour la fixation de ce en quoi elles sont impératives.

Ce paradoxe mérite d'autant plus explication qu'il n'échappe pas au commun des mortels – à savoir les non-juristes. Ceux-ci, en effet, accusent volontiers les juristes d'être surtout habiles à tourner la loi, ce qui revient à les accuser de donner à la loi le sens qui leur convient, et non pas le sens qui

est celui de ... quoi? de son texte? – non: qui est celui qu’eux-mêmes, les «laïcs», croient être autorisés à y lire!

Peu de philosophes – qu’ils aient oui ou non une formation de juriste – disent que le droit est un système de textes de normes. Pour la plupart, le droit est un système de normes, parce que le phénomène le plus apparent d’un système juridique, ce qu’il produit en propre, est son impérativité, et que celle-ci ne peut découler que de normes.

Cette conception a de multiples origines. Elle est, depuis le XIX^{ème} siècle, à la base de la théorie la plus répandue, on dirait presque la plus officielle, qui est le positivisme. Dans sa version la plus achevée, celle de KELSEN, c’est sans doute celle qu’imagineraient les praticiens s’ils devaient disserter sur le sujet (ce qu’ils évitent d’ailleurs plutôt). Elle est l’aboutissement du mouvement constitutionnaliste issu des révolutions libérales et dont une des idées les plus profondes a été de mettre de l’ordre (ou ce qui était conçu comme tel) dans les sources du droit. Organisant l’Etat en même temps qu’il en limitait la puissance, le libéralisme, légaliste, fonde le système juridique sur une constitution, consacrant le principe fondamental de la séparation des pouvoirs: c’est à la loi qu’il appartient de régir la puissance publique – administration et pouvoir judiciaire –; et s’il a fallu admettre le pouvoir réglementaire (soit une norme aussi, mais de rang inférieur), on a posé en même temps qu’il ne pouvait reposer que sur une délégation du législateur. Les grandes codifications ont quasiment conduit le droit coutumier aux oubliettes et ont fait naître l’illusion que tout pouvait être contenu dans le droit écrit. La jurisprudence était condamnée à être l’esclave de la norme – dans une autre métaphore, Montesquieu faisait du juge «la bouche de la loi».

Le droit ne pouvait ainsi être conçu que comme un système de normes. Que la pratique ait continué à se débrouiller autrement que cette théorie le faisait paraître (et se salir les mains en les mettant à une pâte que la théorie voulait cacher sous la table) est un autre problème: celui de la fonction idéologique de la théorie. On peut soutenir en tout cas qu’elle visait à neutraliser absolument le pouvoir, en injectant dans la norme une objectivité telle qu’elle

avait en elle-même tout le sens requis pour qu'aucune volonté ultérieure ne puisse l'affecter – d'où la construction du syllogisme. Un monde rationnel pouvait ainsi être postulé, dans lequel la liberté inhérente à toute lecture d'un texte était occultée au profit d'une supposée nécessité déductive d'un sens mis à l'abri à l'intérieur même de la norme.

Cette théorie est la cristallisation de toutes sortes de courants de pensée antérieurs. Il ne s'agit pas ici de les analyser pour eux-mêmes, ni de retracer leur histoire, mais de retrouver leurs traces actuelles telles qu'elles y ont été banalisées. Pour ce faire, il est utile de partir de la notion même de loi, puisque c'est elle qui est en question. Mais c'est une notion complexe, puisque le terme n'est pas employé seulement dans la théorie du droit ou de l'Etat, mais aussi dans les sciences. Quelles significations cette complexité véhicule-t-elle?

La «loi» est un concept organisateur qui permet de penser le mouvement des choses en faisant abstraction des apparences qu'elles prennent. Elle cherche à définir les conditions de tout mouvement quelconque, de telle sorte qu'elles soient les mêmes pour toute chose quelconque. Elle est ainsi en mesure de reconstruire une nature formalisée plus «réelle» que la nature réelle, puisque les apparences de la seconde découlent nécessairement des lois de la première. La loi scientifique met en œuvre cette logique organisatrice, travaillant par généralité et abstraction: logique appelée «galiléenne» par commodité – mais on peut aussi évoquer la figure de Laplace, qui, s'il avait connu la localisation et le mouvement de tous les atomes, se serait fait fort de prévoir l'avenir.

Cette logique a monopolisé ce que pouvait et devait être la Rationalité. Il y a certes eu des tendances contraires, travaillant à une logique «indiciaire»: l'art de repérer au moyen de signes concrets la trace d'un événement également concret et en reconstituer ainsi la réalité. Elles ont été rares, recouvertes qu'elles ont été par le courant dominant. CARLO GINZBURG – qui a mis l'opposition de ces deux types de logique en évidence² – ne cite comme figures

célèbres que celles de SHERLOCK HOLMES et de SIGMUND FREUD. Peut-être pourrait-on aussi attribuer à la logique indiciaria la casuistique des Jésuites. Et sans doute également la pratique des juristes.

La doctrine du Droit naturel participe de la logique galiléenne. Elle aussi voit dans la Nature une œuvre rationnelle qui ne peut être telle que s'il y a aussi des lois d'organisation sociale. A vrai dire, son argument doit se lire dans l'ordre inverse: il y a des lois rationnelles d'organisation sociale parce qu'il y a dans la Nature une Rationalité que les découvertes de la science révèlent. Comment l'Homme pourrait-il y faire exception? Certes, chaque jour apporte son lot d'injustices: c'est que les hommes ne s'ouvrent pas à la Raison, d'où la lutte pédagogique quotidienne des Lumières contre l'obscurantisme.

A son tour, KANT, bien que distinguant nature et culture et, par la suite, la différence de rationalités entre l'appréhension de l'une et de l'autre, a lui aussi soumis le jugement éthique à la loi de la loi: le jugement de la raison pratique se vérifie par le passage à l'universel, ce qui maintient la norme (le devoir-être) dans la logique générale et abstraite de la loi. La prise en considération de facteurs de décision qui relèveraient du concret des choses et des situations ferait intervenir des accidents, lesquels sont sans pertinence, puisqu'ils pourraient aussi bien se produire que ne pas se produire: ils ne peuvent donc mettre en cause la rationalité de la norme³.

L'assimilation – philosophiquement plus ou moins correcte, telle n'est pas la question – de cette construction du jugement éthique dans la pensée sur le droit et plus particulièrement dans le moule institutionnel de la séparation des pouvoirs a permis de distinguer loi scientifique et lois morale ou juridique, les secondes travaillant avec les concepts d'obligation, de transgression et de sanction. Mais la logique à l'œuvre dans la première et les deux autres reste la même: celle qui ignore la problématique du concret par rapport à

² CARLO GINZBURG, «Traces – Racines d'un paradigme indiciaria», in: *Mythes, emblèmes, traces – Morphologie et histoire*, traduction française, Paris 1989, p. 139 ss.

³ Voir RICŒUR (note 1), p. 274 ss. On peut rappeler ici le fameux *casus* du bandit, dont il est dit quelques mots dans MOOR (note 1, 2000), p. 36 ss.

l'abstrait, parce que le concret, s'il veut être rationnel, doit nécessairement être absorbé par l'abstrait.

Et ce n'est pas un hasard si, en même temps que le concret était dévalorisé au niveau de l'accident, la construction normative a également occulté la problématique du texte. En effet, celle-ci n'est que le revers de l'autre. Soit un texte raisonnable: il sera parfaitement clair à son niveau d'appréhension – la généralité et l'abstraction; par exemple, s'agissant d'une norme qui prescrit qu'«il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt», chacun sait ce qu'est une forêt (ou plutôt: ce que signifie le terme de forêt). On pourra disputer de l'opportunité de la prescription, mais on ne pourra pas dire que la norme qui la pose n'est pas claire. Les choses iront différemment lorsque, en présence de tel ou tel peuplement d'arbres, il s'agira, dans son rapport à la norme, de le catégoriser comme forêt, ou comme bosquet, ou encore comme simple cordon boisé tout au long d'une rivière. C'est à ce moment qu'on s'apercevra que la notion légale de forêt se définit par un ensemble de paramètres, qui forment ensemble son sens mais sans que l'abstraction puisse définir de manière invariable quelles sont les relations que ces paramètres entretiennent entre eux. Or, il est sûr qu'il y a un certain nombre de peuplements d'arbres pour lesquels tous les paramètres sont à l'évidence réalisés. Mais il y en a d'autres pour lesquels seulement certains d'entre eux le seront, et cela plus ou moins: seront-ce des forêts ou non «au sens de la loi»? Ce problème de qualification est celui qui est le plus souvent posé dans la pratique des juristes et qui est leur travail quotidien. Mais c'est aussi celui qui démontre que l'abstrait n'absorbe immédiatement le concret que dans un monde où les dimensions de l'espace et du temps sont singulièrement appauvries. Si ces dimensions sont enrichies, un processus d'élaboration, effectué sur le cas individuel à l'aide des éléments fournis par la notion «légale», permet seul de décider si ce concret peut revêtir la signification de l'abstrait (c'est une forêt «au sens de la loi»); et c'est un processus créatif, parce que, ainsi, c'est aussi l'abstrait qui sera déterminé par le fait même de la fixation de sa signification individuelle.

Dans un monde plus complexe à appréhender, il faut donc nécessairement distinguer norme et texte de la norme⁴, parce que c'est le sens même du texte qui sera nécessairement en cause dans les situations concrètes – et cela non pas du fait de soi-disant «accidents»: il ne pourra être établi que dans son rapport à elles, et la norme n'apparaîtra que par un processus d'élaboration à partir de leur individualité⁵. Il y aura norme lorsque, à l'aboutissement d'un processus de décision argumentée, le juge aura élaboré un texte⁶ qui, pour le cas qui est porté devant lui, lui permettra de rendre immédiatement le dispositif de son jugement. Cette norme peut être dite individuelle⁷ parce qu'elle est issue d'un travail qui a pour objet, moyennant le programme donné par un ou quelques textes, l'ensemble des circonstances concrètes du cas; elle sera elle-même évidemment un texte – clair –, formulable en termes généraux et abstraits, qui viendra enrichir tous les autres textes concernant la «forêt» et, parmi ces textes, surtout le premier d'entre eux, celui qui permet et exige la succession des autres, à savoir celui qui énonce en premier la prescription.

Ce texte premier («il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt») n'est donc pas, en lui-même, une norme générale dans le sens où la définition du genre serait *a priori* identique à celle des individus qui le composent à la seule exception du fait même de leur individualité. La norme générale est bien plus que ce texte initial: c'est l'ensemble des textes produits à partir de ce texte premier; en élaboration permanente, elle est générale en ce sens qu'elle forme le système de toutes les normes individuelles décidées en rapport avec le texte premier pour être raisonnablement conformes avec celui-ci.

La logique textuelle implique ainsi l'autonomisation des textes⁸ par rapport à la subjectivité de leur auteur: celui-ci les décide comme des messages – or, les messages, dès lors qu'ils sont formulés, rendent non pertinent ce que

⁴ Sur la distinction entre texte et norme, cf. MÜLLER (note 1), p. 45 s., 105 s., 187, 209.

⁵ Pour FRIEDRICH MÜLLER, «les circonstances de fait déterminantes au regard du programme normatif sont appelées 'champ normatif' (*Normbereich*)», voir note 1, p. 46, 195.

⁶ Et, puisque le juge aussi est l'auteur de textes, les considérations qui suivent sont également applicables au *case law*.

⁷ FRIEDRICH MÜLLER l'appelle *Entscheidungsnorm* («norme-décision» dans la traduction) (note 1). Avec PAUL RICŒUR on peut parler de ce travail comme «effectuation» du texte, voir note 1, p. 171, 187.

⁸ Sur ce qui suit, voir RICŒUR (note 1), p. 122-124 ss.

leur auteur peut avoir voulu y mettre sans y avoir réussi – sinon, ils reprendraient immédiatement ce qu’ils semblaient vouloir donner, à savoir ce «quelque chose», précisément, qui est communiqué et donc destiné par le seul moyen du texte à être compris. Cela ne signifie pas pour autant qu’ils soient ouverts à la subjectivité de leurs lecteurs – et cela pour des raisons évidemment inverses: les lecteurs prendraient ce qu’on n’a pas voulu leur donner – à savoir autre chose que ce «quelque chose» qui a été communiqué. Autrement dit, les textes sont les instruments d’une médiation sans laquelle on ne pourrait concevoir de construire des normes générales par la production de normes individuelles. Cette médiation implique nécessairement une double distanciation, et par rapport à l’auteur du texte, et par rapport à son lecteur: le texte doit avoir cette double autonomie pour pouvoir être «appliqué» (en termes juridiques traditionnels) sans référence ni à la volonté intime du législateur (qui s’épuise dans l’acte de poser le texte) ni à celle du juge (dont précisément la subjectivité est transcendée par le travail sur le texte).

Et c’est ainsi dans et par le texte que pourront premièrement s’établir les paramètres pertinents, le programme normatif, «la dynamique interne qui préside à la structuration de l’œuvre» et que celle-ci contient par elle-même. Secondement, au fur et à mesure qu’avec ces paramètres sont produites des normes individuelles, on pourra construire à partir du texte la norme générale – «la puissance de l’œuvre de se projeter hors d’elle-même et d’engendrer un monde qui serait la “chose” du texte». ⁹

Il est ici intéressant de constater que – paradoxalement dans une conception normativiste –, les textes les plus fondamentaux sont ceux qui nécessitent le plus la production de normes individuelles: par exemple, «La liberté personnelle est garantie», «L’égalité de traitement est garantie». La preuve en est fournie par les milliers de pages qui sont écrites pour commenter ce qu’il advient de ces textes dans l’ordre juridique.

⁹ Les citations sont de PAUL RICŒUR, voir note 1, p. 36.

Il y a même des textes qui sont posés uniquement pour permettre la production de normes individuelles, voire pour l'exiger – qu'on pense par exemple au principe de la bonne foi, ou à celui de la prohibition de l'abus de droit. Ces textes ne font que mentionner une pure valeur. La norme individuelle que ces principes autorisent, voire obligent à adopter s'écartera explicitement d'autres textes dont le contenu, pourtant pertinent, conduirait manifestement, dans les circonstances concrètes du cas, à protéger une personne de mauvaise foi. L'ensemble de ces normes individuelles est quasi impossible à formuler en norme générale autrement que par l'énoncé d'une casuistique, précisément parce que ces principes sont là uniquement pour prévoir la possibilité de faire prédominer la justice individuelle sur la référence aux textes.

Un cas intéressant est aussi celui d'un texte posant le principe de la prohibition de l'arbitraire – ainsi qu'on le nomme en droit suisse, mais on le trouve autrement systématisé dans différents systèmes juridiques: soit un principe selon lequel tout acte d'autorité doit reposer sur des motifs pertinents. On peut l'interpréter comme une norme générale exigeant la production de textes rationnellement justifiés au fondement de tout exercice de la puissance publique.

Mais ce sont des cas exceptionnels. La plupart des textes ont – et doivent avoir – une certaine «densité normative», selon une terminologie usuelle, sans quoi précisément ce ne seraient pas des «textes» à partir desquels la rationalité de normes individuelles peut être construite. Leur contenu sémantique constitue un ensemble articulé de paramètres – un programme normatif¹⁰ – auxquels le juge devra impérativement se référer pour qualifier les faits de la cause et, ce faisant, élaborer à leur sujet une norme individuelle. Les publicistes ont mis en évidence, dans les législations actuelles, une diminution de la densité normative: les textes comportent de plus en plus de concepts juridiques indéterminés – soit des concepts (tels que moralité, beauté, etc.) qui ne permettent aucune déduction parce que leur sens réel ne peut être constitué qu'à partir d'une situation concrète. Lorsqu'elle comporte une connotation péjorative de l'«indéterminé», cette approche reste collée à l'idéal syllogistique, pour lequel, évidemment, les concepts doivent être déterminés – c'est-à-dire permettre une déduction sans aucune opération préalable de fixation du sens concret. Toutefois, il est intéressant qu'elle ait été le fait de publicistes.

¹⁰ Terme repris de MÜLLER (note 1); notamment p. 45, 107, 325.

Car, régissant les activités publiques, donc attentif non seulement à leur conformité à l'ordre juridique mais aussi à leur efficacité – par conséquent à leur adéquation aux circonstances concrètes –, le droit administratif a dû prendre en compte la nécessité de laisser aux autorités l'espace de liberté requis pour la mise en œuvre de leurs tâches. Et cet espace est précisément celui que laisse tout texte. S'il a été mis en évidence par les publicistes, c'est parce qu'ils ont dû problématiser les rapports de pouvoirs entre l'administration active d'une part et le juge administratif appelé à la contrôler de l'autre: cette liberté appartient-elle en propre à l'administration, le contrôle judiciaire devant s'arrêter là où elle commence, ou, au contraire, le juge peut-il aussi s'en prévaloir? C'est mettre le doigt très précisément sur le point sensible, parce que rien, dans une «norme» (au sens classique), ne devrait justifier des différences d'impérativité selon qui est appelé à l'appliquer.

Ce problème se pose avec beaucoup moins d'acuité en droit privé ou en droit pénal, tout juge – de première instance, d'appel ou de cassation – ayant par rapport aux textes légaux une responsabilité de nature identique et «appliquant» la «norme» avec le même pouvoir. Il n'y était donc pas indispensable de rendre visible ce qui pouvait être ignoré – à savoir que les textes ne permettent par fonction de décider de normes que parce que, pour la plupart, ils sont constitués de ce que les publicistes ont appelé, faute de mieux et à cause de la référence qu'ils jugeaient obligatoire à l'idéal syllogistique, des concepts indéterminés.

Reprenons autrement la relation entre texte et norme: en en restant à l'«interprétation» du texte et en laissant de côté le rapport au concret sur lequel nous nous sommes arrêtés il y a un instant. Il peut y avoir une correspondance point à point: la situation est tout à fait exceptionnelle. Dans la plupart des cas, il est nécessaire d'«interpréter». Par exemple, si, pour reprendre simplement l'exemple trivial précédent, il est dit qu'«il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt», le texte ne dit pas ce qu'est une forêt. Il faut donc ajouter un autre texte pour avoir, entre ce nouveau texte et la norme individuelle à produire, correspondance point à point. La forêt est une «grande étendue de terrain couverte d'arbres», dit le

Petit Larousse. Mais qu'est-ce qu'une «grande étendue»? Un texte pourrait la chiffrer – par exemple 800 m² (laissant d'ailleurs de côté la question de savoir si, pour être en présence d'une «forêt», la superficie peut être déterminée indépendamment de la forme de l'«étendue»). Resterait de toute manière la définition d'«arbre»: «grande plante ligneuse vivace dont la tige, ou *tronc*, fixée au sol par des *racines*, est nue à la base et chargée de *branches* et de *feuilles* à son sommet» – toujours le *Petit Larousse*. Qu'en est-il des repous-ses? Ces «futures grandes plantes» doivent-elles être considérées déjà comme des «arbres», ce qui, à la lisière, où elles sont nombreuses, augmente la surface forestière? Un nouveau texte est nécessaire. Et que signifie «couverte» d'arbres? Dans quelle mesure la densité de la population de végétaux «grands» et «ligneux» est-elle déterminante?

Tout texte est nécessairement le point de départ d'autres «textes»; ou, plus précisément, exige la formulation d'autres textes. Cela signifie que, sous cet angle aussi, aucune norme générale ne correspond au texte légal: toute norme est un système de textes arborescents (la métaphore suit l'exemple) à partir d'un texte de base – le texte «premier». Le travail juridique consiste précisément à créer cette arborescence, et c'est ce travail sur chaque norme qui en même temps y conserve l'indéterminé dans le déterminé et y réserve le déterminé dans l'indéterminé¹¹.

Il est important de souligner qu'il est vain de tenter de clore ce système sous forme d'un ensemble exhaustif de textes écrits sous forme générale et abstraite. Est-ce même possible? On pourrait par exemple écrire: «tout peuplement de plantes vivaces ligneuses, occupant une surface de 800 m², avec une densité d'une plante par 10 m², les plantes de moins de 50 cm de hauteur n'étant pas prises en compte, est une forêt» – mais, même sous cette forme, on peut toujours douter que le système soit complet – ainsi, qu'en est-il d'une pluralité de groupements distants entre eux de quelques mètres? A partir de quelle distance forment-ils simplement un certain nombre de bosquets dont aucun ne réunit la condition de la surface minimale?

¹¹ C'est ce travail qui est supprimé dans le décisionnisme schmittien auquel AGAMBEN se réfère (note 1), p. 185 s. (lorsqu'il cite la catégorie du «concept indéterminé» pour caractériser «la théorie nationale-socialiste, qui place la source immédiate de la loi dans la parole du Führer»), et dans lequel, autrement exprimé, on se trouve en présence d'une norme qui décide le fait qui décide de son application» – c'est-à-dire plus du tout un *concept*.

Tout texte est donc – exception faite de quelques exemples rarissimes – incomplet. Si les textes sont des textes de normes, cela signifie que toute norme est ouverte de manière permanente à la nécessité d’être complétée. On dit parfois qu’elle fait l’objet d’un processus permanent de concrétisation – mais le terme est ambigu, car il laisse penser que le concret est simplement la forme matérielle de l’abstrait. Il faut bien plutôt entendre par là que l’élaboration des normes individuelles (c’est-à-dire, si l’on veut, le droit dans sa dimension concrète) amène nécessairement à l’enrichissement de la norme générale (le droit dans sa dimension abstraite).

Le problème est à ce stade de savoir quelles règles régissent de tels compléments. C’est ici que se situe la question herméneutique.

L’image la plus communément répandue est que les compléments apportés au fur et à mesure des besoins ne sont qu’un dévoilement: le sens apporté se trouve déjà dans la norme, et il faut le retrouver. Mais on sait – par la pratique de la jurisprudence – qu’il n’y a pour cela aucune méthode et que, par conséquent, le problème posé est insoluble. En effet, plusieurs méthodes sont proposées, ce qui a pour effet que plusieurs résultats sont toujours possibles. Ce n’est donc pas par une méthode d’interprétation que le sens est donné, mais par le choix auquel l’interprète aboutit: il est le fruit d’une décision (argumentée – on reviendra là-dessus) prise à partir de l’ensemble des sens possibles, tels qu’ils sont indiqués et par l’analyse du texte et dans les différentes individualisations accessibles dans les cas concrets. On peut dire à ce point que la norme (en tant que distincte de son texte) n’existe qu’au moment de la lecture que fait l’interprète du texte, dans la situation à partir de laquelle il lit.

Qui a qualité d’«interprète»? Le premier est évidemment celui qui y est autorisé par l’ordre juridique – donc par un autre texte, qui pose sa fonction, c’est-à-dire la définit dans la structure des pouvoirs tels qu’ils sont aménagés les uns par rapport aux autres: pour simplifier, on dira le juge (mais ce pourra être aussi une autorité administrative, le gouvernement, etc.).

Mais à côté de cette autorité, il y a tous ceux à qui l'ordre juridique confère également, de manière différenciée, certaines positions de lecteurs.

Dans l'ordre de la séparation des pouvoirs, par exemple, ce sera l'auteur du texte; certes, celui-ci ne pourra pas intervenir directement sur la lecture du juge (c'est-à-dire casser le jugement), mais il pourra reformuler le texte au regard de lectures qu'il estime indésirables. Le juge est responsable de sa lecture, le législateur de la formulation qui a permis cette lecture.

On trouvera aussi tous les auxiliaires de la justice: non seulement ceux qui ont une fonction dans la procédure (avocats, greffiers), mais encore ceux qui sont appelés à former aussi bien les juges que les auxiliaires.

Enfin, sinon surtout, dans l'ordre de l'Etat de droit, seront aussi des lecteurs tous ceux à qui le texte s'adresse: l'exigent les principes de la publicité du droit, de sa prévisibilité et de la légalité.

Existe donc – et c'est propre à tout texte qui n'est pas efficace par lui-même – une communauté de lecteurs qui sont nécessairement d'accord sur l'état de la formulation d'un texte, mais non pas sur son sens (la norme). La pluralité de lecteurs ne peut qu'engendrer des divergences; la fonction de l'ordre juridique est de fixer, dans la pluralité des lectures possibles, celle qui va faire autorité – être impérative. Il n'en reste pas moins que chaque catégorie de lecteurs instituée par un ordre juridique détient une part de légitimité et, par conséquent, sa part de détermination dans les critères de rationalité. Ceux-ci au moins doivent être partagés, de telle sorte que les figures argumentatives employées apparaissent légitimes. S'il y a désaccord sur le sens, il proviendra de différences dans la pondération respective de ces figures et de la pesée finale de leur ensemble, pesée qui, fixant le sens du texte, mène à la décision judiciaire – dans le jargon juridique, à son dispositif.

Il ne saurait donc y avoir de «méthodes d'interprétation» «orthodoxes» inhérentes à tout ordre juridique quel qu'il soit, découlant en quelque sorte de la nature des «choses» juridiques (en particulier d'une «essence» des normes). L'«interprétation» d'un texte est toujours le travail d'une communauté. Les «méthodes» légitimes vont découler de la définition, variable, que chaque ordre juridique donne du cercle des lecteurs autorisés et du système des valeurs que véhicule à son tour tout système de figures argumentatives reconnues; elles vont ainsi délimiter les sens qui peuvent faire l'objet d'une discus-

sion légitime, mais sans aucun ordre de nécessité quant au choix définitif. Celui-ci ne peut être fait que par le lecteur «autorisé», qui exerce à cette étape toute la liberté résultant de la pondération respective des arguments et de leur évaluation globale par rapport au cas concret. C'est précisément ce à quoi, sous le nom de compétence, l'ordre juridique l'autorise.

Autrement dit, toute lecture est faite en situation: chaque lecteur se trouve quelque part. L'illusion du positivisme a été de donner à croire qu'on pouvait lire à partir de nulle part, d'un point zéro: condition nécessaire pour la conception d'un texte contenant exclusivement et exhaustivement un même sens universellement déterminant, d'un texte donc parfaitement identifié à la norme. Mais, s'il y a autant de lectures que de lecteurs, il faut, dans un système juridique qui vise à produire des décisions incontestables, des règles de coordination sur les procédures de sélection des lectures reconnues. Ici se situent des problèmes très variés, tels que l'organisation de la succession des instances, l'institution de recours extraordinaires, la centralisation des contrôles de constitutionnalité, le régime des revirements de jurisprudence.

On pense parfois que la liberté est la moins garantie dans les ordres juridiques où les textes légaux sont les plus imprécis, les concepts juridiques les plus indéfinis; et on cite volontiers, comme exemple extrême, le code pénal stalinien, tellement vague qu'il donnait le «droit» d'envoyer au goulag n'importe qui sous n'importe quel prétexte. Mais on pense parfois aussi que les textes les plus précis sont les plus rigides, ignorant dans leur mécanique impersonnelle la liberté créatrice des individus. D'un côté, le pouvoir illimité que confèrent des textes trop incertains; de l'autre, le pouvoir inflexible que confèrent des textes trop fermés.

En fait, dans les deux cas, les textes sont défailants à créer la possibilité d'une logique textuelle. Dans le premier cas, ils sont trop pauvres pour pouvoir générer une norme générale: ils ne permettent que la juxtaposition arbitraire de normes individuelles. Dans le second cas, c'est la voie de la production de normes individuelles qui est fermée, et règne l'arbitraire des décisions abstraites. Dans aucun des deux cas, n'est ouverte la possibilité de la consti-

tution progressive, ouverte, constamment en discussion, de la norme générale à partir de normes individuelles produites en fonction d'un programme normatif textuellement posé. Dans les deux cas, est exclue la circulation de messages dont la rationalité est contrôlable au moyen d'un stock d'arguments communs dont la relative indétermination crée la liberté aussi bien qu'elle la limite. C'est ici la dimension politique du droit: si la logique textuelle donne à l'autorité l'autonomie inhérente à toute lecture – et l'autonomie est un concept politique –, elle est en même temps la condition nécessaire pour que d'autres lecteurs puissent à leur tour exercer leur propre autonomie. Le droit peut être alors, par le même mouvement, dialogique entre liberté et contrainte, ce qui crée le pouvoir public et limite la liberté des citoyens et ce qui limite le pouvoir public et crée la liberté des citoyens.

Le droit est maintenant un système de textes dont la fonction spécifique est d'autoriser la production de normes individuelles et l'élaboration de normes générales et, en même temps, par leur sémantique, d'en limiter les contenus possibles. C'est dans ce sens qu'on peut dire que le droit fonctionne pleinement – c'est-à-dire dans un État de «droit» – à la condition que cette logique textuelle soit pleinement mise en œuvre.

Pour qu'elle le soit, il faut que les textes soient pris aussi pour ce qu'ils sont à un autre niveau: une communication de la société à elle-même. C'est dans ce sens qu'il existe une communauté de lecteurs, qui ont tous le droit d'exprimer leurs divergences dans la lecture qu'ils font les uns et les autres. La logique textuelle ne remplit ses potentialités que si elle fonctionne dans un espace public de communication où peuvent être librement mises en question les rationalités argumentées à partir de textes communs¹².

La logique textuelle est ainsi par définition ouverte, puisque, du texte à la norme individuelle et de celle-ci à la norme générale, il y a constamment de nouveaux échanges de sens, dont l'argumentaire est de manière permanente

¹² On trouvera les références à JÜRGEN HABERMAS, mais aussi, dans un autre contexte, à CHAIM PERELMAN, dans MOOR (note 1, 1997).

sujet à discussion publique. C'est ce qui fait la richesse intellectuelle du monde juridique et donc en même temps une garantie – parmi d'autres – de liberté politique. Mais elle est, aussi par définition, en même temps fermée: car elle présuppose qu'il y ait un accord nécessaire sur ce qui est ou non un texte pertinent – qu'il s'agisse de textes législatifs ou jurisprudentiels; ce qui n'est possible que si la compétence et la procédure de formulation sont clairement fixées, de telle sorte que le stock des textes pertinents soit exhaustivement défini. S'il pouvait y avoir divergences sur ce point, ils ne seraient pas en mesure de remplir leur fonction, qui est de servir de médiation.

Il y a donc bien quelque chose comme une *Grundnorm*, mais non pas au sens d'un fondement hiérarchique de tout le système, conçu, selon la célèbre métaphore, comme une pyramide. Il y a bien une «norme» (sans texte!) indispensable, mais qui accompagne tout texte du système et définit son appartenance même au système, «norme» selon laquelle les décisions produites par le système sont obligatoires – incontestables – aux modalités et conditions posées par le système lui-même. Plutôt que de «norme», on parlera alors de qualité spécifique du système. Les décisions de puissance publique sont des signes au fonctionnement particulier, dont le signifié porte sur un devoir-être, lequel est incontestable à l'intérieur du système qui les produit, ou, si l'on préfère, définitif – contre lequel il n'y a pas de recours possible¹³. Et le contenu propre de ce devoir-être est fixé par la décision qui, dans l'occurrence du cas concret, opère la jonction d'une norme individuelle et d'une norme générale.

¹³ C'est aussi ce caractère que HANS KELSEN met en évidence, voir MOOR (note 1, 1997), p. 45. Pour éviter le malentendu, il est utile de préciser que l'argumentation qui fonde la norme individuelle (la motivation juridique) est, elle, par définition, contestable: c'est même le propre de la logique textuelle. Cette division interne (incontestabilité/contestabilité à l'intérieur du même acte) se substitue, lorsque et aussi longtemps que la logique textuelle prévaut, à celle de souveraineté et d'«état d'exception» que GIORGIO AGAMBEN voit comme continuellement à l'œuvre dans l'état social, voir note 1, spécialement p. 119 s.; suivant sa terminologie, on pourrait dire que la logique textuelle bannit le «ban», ou que, par elle, la «vie nue» se dépasse comme vie parlée, ou enfin que l'état d'exception – normalement la règle – devient l'exception – ces relations contradictoires d'inclusion/exclusion montrant en même temps sa fragilité. A ce sujet voir AGAMBEN (note 1), p. 137 ss, sur les réfugiés; p. 179 ss, sur les camps de concentration.

Il n'y a en ce sens aucun autre fondement qui soit requis que celui qui est nécessaire au système en lui-même et dans son ensemble. Et ce fondement est un fait collectif, à savoir la (re)connaissance commune que ce qui est incontestable à l'intérieur du système l'est dès lors aussi – et pour cette raison précisément – à l'extérieur, c'est-à-dire pour tout acteur de cette société-là qui (re)connaît ce système pour le sien. Ce fait ne peut avoir aucune justification juridique normative (mais il peut en avoir une dans le fonctionnement textuel du système juridique – on reviendra sur ce point): c'est un pur fait de pouvoir de l'appareil étatique (ou autre) qui produit les textes.

De même, la contrainte prévue dans les normes est le fait du système politico-administratif; c'est aussi un pur fait de pouvoir. Le droit ne pose rien d'autre à ce sujet qu'un devoir-être de tous les sujets de droit autres que la puissance publique, devoir-être qui porte sur l'abstention de tout acte de contrainte privée.

Ces textes ont diverses origines: constitutionnelles, légales, réglementaires, jurisprudentielles. Ce sont des origines procédurales: elles se définissent par la compétence de l'autorité qui pose le texte et la procédure qu'elle suit. Compétence comme procédure sont l'objet de textes. Cette organisation est nécessaire au système: s'il doit produire des signes incontestables matériellement, il faut que soient précisées les autorités qui sont légitimées à émettre des textes et celles dont la lecture de ces textes est définitive.

Seule la constitution a à cet égard un statut problématique, non par rapport aux révisions faites conformément à ce qu'elle prévoit elle-même, mais quant à son «adoption» initiale. La question du pouvoir constituant originaire n'a pas obtenu de réponse satisfaisante; peut-être parce qu'elle est mal placée. Il est clair que si la constitution est conçue comme l'acte fondamental, la «constitution initiale» ne peut reposer logiquement que sur un vide juridique, qui s'appelle une révolution; et pourtant, même cette constitution-ci est un acte juridique et par conséquent devrait présupposer – non pas chronologi-

quement, mais logiquement – qu’il y ait un ordre juridique¹⁴. Ou bien on admet alors qu’elle crée elle-même l’ordre juridique qui en fait un acte juridique – c’est une autofondation. Ou bien on considère que cette nouvelle constitution s’intègre – en violation des règles de compétence antérieures – dans l’ordre juridique préexistant, dont la plupart des éléments subsistent de toute manière malgré le changement. Cette dernière hypothèse ne peut valoir que si la constitution est placée non comme le fondement de l’ordre juridique, mais elle aussi comme l’un de ses éléments; et il n’y a dans cette configuration aucune différence, quant à la structure logique du raisonnement, entre la «révolution» en quoi consiste l’adoption d’une constitution initiale et le maintien en vigueur d’une quelconque loi qui souffrirait du vice d’anticonstitutionnalité, loi qui est à son niveau tout autant «révolutionnaire»: dans les deux situations, le système juridique n’offre aucune compétence qui puisse décider de manière incontestable qu’il y a un vice faisant perdre toute pertinence de droit au texte en cause.

A vrai dire, le débat ressemble étonnamment à la discussion sur l’origine des langues: il fallait savoir parler pour pouvoir écouter, et réciproquement. La question ne serait-elle pas de déterminer comment le document acquiert le statut de texte, c’est-à-dire devient ou non un élément utilisable et utilisé par la logique textuelle? Rechercher si l’ordre juridique actuel se fonde sur un acte légitime, lequel à son tour s’est fondé sur un acte légitime, etc., consiste à vouloir asseoir la légitimité nécessaire dans le présent sur une légitimité qui aurait existé dans le passé. C’est cohérent dans une conception normativiste – même si, logiquement, cela renvoie à une régression infinie, donc dans un cul-de-sac: qui dit norme, dit fondement, et si la constitution est le fondement de l’ordre juridique dans la dimension synchronique, il lui faut à elle aussi, à son tour, un fondement dans la dimension diachronique. Si, au contraire, c’est l’emploi d’une logique spécifique qui est au fondement du droit, il ne lui faut pas d’autre fondement que sa propre pratique effective: la légitimité assurée dans le présent par la pratique de la logique textuelle se suffit à elle-même.

¹⁴ La «révolution» s’oppose ainsi au «coup d’Etat»: bien que le «fait» – à savoir l’emploi de la force – soit le même dans les deux cas, la première a pour sens d’introduire de nouveaux textes, le second pour but d’exercer le pouvoir sans recours à aucun texte. Il n’est pas certain que, dans son analyse du pouvoir constituant, orientée à partir de la notion d’état d’exception, et influencé qu’il est par la pensée de CARL SCHMITT, GIORGIO AGAMBEN fasse la différence, voir note 1, p. 49 ss.

Ainsi donc, l'événement historique fait naître une situation trouble dans laquelle le statut juridique du nouveau document constitutionnel sera tranché. Et ce sont uniquement les faits qui le feront. A travers cette crise¹⁵, la société reconnaîtra ou non le nouveau document constitutionnel comme un texte juridique, c'est-à-dire s'y référera ou non pour produire des normes. En d'autres termes, c'est la pratique juridique qui en assurera l'intégration dans le système juridique; et par pratique, il faut entendre aussi bien la référence à cette constitution comme texte grâce auquel les autorités peuvent élaborer d'autres textes juridiques, que l'utilisation par les acteurs sociaux des significations ainsi produites comme les seules qui soient incontestables à l'intérieur du système juridique. C'est par ce double processus que le système peut restaurer une unité que l'introduction d'un nouvel élément, d'abord contradictoire, lui a fait perdre, le temps d'une crise historique.

La logique textuelle n'est pas un donné: il ne suffit pas d'écrire pour créer du texte. Il n'y a à proprement parler texte que pour les écrits qui ont pour but la communication – qui ont donc des destinataires qui ont le droit (terme employé à dessein) de lire, de comprendre, de réagir, de répondre¹⁶. Dans les Etats communément appelés Etats de droit, cela se marque par un certain nombre de principes, situés de manière différenciée dans l'ordre juridique – et chacun d'eux conquis au prix de luttes politiques mémorables. On les rappelle brièvement. Il y a d'abord les principes de publicité: celle des textes eux-mêmes (aucun texte ne peut produire de normes s'il n'est pas officiellement publié), celle des travaux parlementaires, celle de la justice (y compris la publication de la jurisprudence). Il y a les principes qu'on nommera d'argumentation: on peut y ranger ceux de publicité (puisque celle-ci permet l'exercice d'un contrôle extérieur); il y a aussi, sous cet aspect, les garanties des libertés idéales (le droit à la critique); il y a enfin les principes et droits de nature procédurale: obligation pour les autorités de motiver les décisions, droit des particuliers d'être entendus (c'est-à-dire de disposer d'une position

¹⁵ Ce terme est utilisé pour ne pas oublier que la révolution s'accompagne de violence tout comme un coup d'Etat (voir note 14).

¹⁶ RICŒUR (note 1), p. 206 ss.

d'acteurs dans les procédures – notamment d'y apporter leurs arguments et de les voir examinés), institution de voies de recours. Il y a enfin le principe de légalité, selon lequel le contenu de tout acte de puissance publique doit pouvoir se fonder raisonnablement sur une norme.

Dans les Etats de droit, tous ces principes sont consacrés par des textes, soit constitutionnels, soit légaux, soit jurisprudentiels. On pourrait dire qu'ils sont indispensables à un fonctionnement pleinement productif de la logique textuelle. Mais il faut aller plus loin: ce sont les implications nécessaires d'une logique textuelle déployée dans toutes ses potentialités, et c'est elle qui est au fondement de la possibilité même d'un Etat de droit, et non pas ces principes.

C'est en même temps aussi relativiser l'Etat de droit. Car la logique textuelle de l'Etat de droit ne fonctionne que par un travail continu de communication au sein de l'ensemble de la communauté – de tous les «lecteurs». Le «Droit» n'est pas le produit d'une essence quelconque – de la Norme, de l'Homme, etc. C'est la mise en œuvre d'une conception ouverte du pouvoir et de sa rationalité. Puisque – ou plutôt: dans la mesure où elle permet l'élaboration ouverte des normes – du devoir-être social –, la logique textuelle est elle-même un devoir-être (autrement dit: un *travail*) qu'une société choisit de se fixer – c'est-à-dire qu'elle est comprise dans le champ de *la* politique¹⁷.

Un questionnement semble cependant avoir été évacué, qui a de tout temps occupé la pensée sur le droit: celui de la justice. Or, on ne peut simplement dire qu'une logique, quelle qu'elle soit, permette d'en faire l'économie. A l'inverse, on ne peut pas davantage la mettre au fondement de la règle de droit sans lui donner un contenu *a priori* qui prive de sens l'adoption libre et responsable des textes juridiques. Faudrait-il alors penser que la justice est ce qui est en suspens tout au cours de l'élaboration d'un texte juridique – suspension qui se révèle toujours, au moment même de la décision, attente dé-

¹⁷ Cette notion (son genre y compris) étant reprise de CORNELIUS CASTORIADIS, par exemple dans *La montée de l'insignifiance – Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris 1996, p. 120, ou p. 162 (distinction d'avec *le* politique).

que? Et cela du fait même de ce que la justice ne peut pas être – c'est-à-dire réalisée: justice «infinie», «irréductible parce que due à l'autre, avant tout contrat, parce qu'elle est *venue*, la venue de l'autre comme singularité toujours autre», «indestructible dans son caractère affirmatif, dans son exigence de don sans échange, sans circulation, sans reconnaissance, sans cercle économique, sans calcul et sans règle [...]»¹⁸. Loin d'être à son fondement, la justice serait ainsi perpétuellement *juste* devant le droit, *juste* en avant du droit, comme un horizon qui s'ouvrirait *juste* sous les pas de celui qui marche – métaphore embarrassante qui en même temps affirme et nie son image – à savoir l'éloignement¹⁹.

Resterait donc à vérifier ce que le droit compris comme logique textuelle pourrait apporter à cette conception-là de la justice. Mais on peut déjà comprendre que la différence ne réside pas principalement dans la contrainte – violence légitimée – que le droit s'ajouterait pour s'appliquer – et cela pas même si on ne l'envisage que sous la forme atténuée d'une force prescriptive²⁰. Le droit est bien plutôt comme une langue que la société se parlerait pour être en mesure de dénoter elle-même ce qui se passe en elle. C'est d'ailleurs précisément ce savoir sur elle-même que cela implique qui justifie profondément l'axiome fondamental: nul n'est censé ignorer la loi. Et, à y réfléchir, rien de plus injuste – en même temps rien de plus nécessaire que cet axiome: et c'est peut-être là que se trouve la violence la plus fondamentale du droit – c'est-à-dire en amont, et non pas en aval des textes: dans le fait même que certains soient investis de la tâche de dire le droit, et non pas dans la simple conséquence que d'autres aient le pouvoir de l'exécuter²¹.

Y aurait-il dans cette perspective tout de même une cohérence possible avec une justice conçue comme «à venir»? Cette question demeurera ici en suspens.

¹⁸ DERRIDA (note 1), p. 55 ss.

¹⁹ Sur la métaphore de l'horizon, et critique à son égard (ou plutôt sur ce à quoi elle renvoie), DERRIDA (note 1), p. 57 ss. Sur cet «embarras», cf. les trois apories qu'il analyse, p. 49 ss.

²⁰ Pourtant, c'est dans cette force que, jusque dans les réflexions les plus récentes, on voit ce qui caractérise le droit; même DERRIDA (note 1), p. 17, 32 ss, ou AGAMBEN (note 1), p. 34.

²¹ C'est cette violence dans le *dire souverain* qui reste irréductiblement de l'«état d'exception» qu'analyse AGAMBEN (note 13).

HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE ET HERMÉNEUTIQUE PHILOSOPHIQUE

VALENTIN PETEV

Professeur à l'Université de Münster

I. Introduction

Les juristes ont toujours eu le souci de fournir des solutions correctes aux problèmes que soulèvent les situations juridiques conflictuelles. Mais de telles solutions ne peuvent être trouvées qu'à partir des normes juridiques applicables. Pour accomplir cette tâche, le juriste (juge, fonctionnaire ou un autre agent qui met en œuvre le droit) doit interpréter les normes juridiques afin de saisir leur contenu et d'assurer leur exacte application.

Cette tâche pratique reçoit une dimension tout à fait théorique dès lors que l'on s'aperçoit qu'une technique patente pour l'application correcte et sûre des normes juridiques n'existe pas. On a vu, au cours du XX^{ème} siècle, comment l'illusion juridico-positiviste d'un contenu préétabli des normes juridiques, qui peut être «objectivement» connu, s'est effondrée, et à quel point il est nécessaire de se tourner vers une théorie philosophique plus fiable. L'intérêt du juriste pour la philosophie n'est pas d'ordre académique. Il en a besoin pour analyser et élucider le processus d'interprétation des normes juridiques, qui s'avère indispensable à toute décision juridique et qui est imbriqué dans le complexe des activités de communication et de construction de sens social.

Précisément, l'herméneutique philosophique peut considérablement éclaircir le phénomène de l'interprétation juridique. Elle le situe dans un environnement théorique solide et le rend accessible à un maniement pratique lors de la réalisation du droit.

II. Notion et buts de l'herméneutique

Le besoin de comprendre tant les phénomènes naturels que les événements sociaux a toujours été présent aux différentes époques parcourues par la société humaine. C'est un besoin pratique et quotidien, la compréhension des processus sociaux étant nécessaire aux agents sociaux, en leur permettant de s'orienter dans leurs actions et d'atteindre leurs fins. Ce besoin se fait ressentir dans le cadre d'un ordre normatif social qui exige un comportement conforme à ses normes. L'observation et l'application des normes juridiques est plus facile et plus efficace quand les sujets auxquels elles s'adressent comprennent leur sens. La plupart des normes juridiques est fixée dans des textes écrits et les rares normes coutumières peuvent, elles aussi, être exprimées par des énoncés langagiers. La tâche essentielle de toute interprétation est donc d'élaborer le contenu de sens de ces textes.

L'herméneutique nous enseigne comment saisir le sens des textes écrits. «Qu'est-ce que le langage veut dire? Voilà la seule question de l'herméneutique», dit JEAN GRONDIN¹. Il faut ajouter que, dans les sciences sociales ainsi que dans la vie quotidienne (des juristes), il s'avère nécessaire de comprendre le sens non seulement des textes écrits, mais aussi des actes, des gestes et des symboles sociaux.

La question du statut scientifique de l'herméneutique a été posée à plusieurs reprises. On s'est demandé si l'herméneutique est une méthode spécifique d'interprétation, une source distincte de connaissance ou si elle n'est pas plutôt une discipline propre dans le cadre de la philosophie de l'être. Cette dernière acception remonte à MARTIN HEIDEGGER. Pour lui, la compréhension des textes et des actes humains n'est pas seulement un phénomène épistémologique, elle est avant tout un mode d'être, une «habileté», une «familiarité», une nécessité pour s'orienter dans le monde. L'herméneutique serait donc liée à la notion de l'être, à la question du sens de l'être. Elle serait finalement constitutive de l'être de l'homme (c'est à dire du *Dasein*). Ainsi, l'interprétation devient quelque chose de plus que de comprendre le sens des mots et des phrases d'un texte. L'interprétation se détermine par la nature du *Dasein* et,

¹ JEAN GRONDIN, *L'horizon herméneutique de la pensée contemporaine*, Paris 1993, p. 13.

inversement, détermine la nature du Dasein qui s'interprète dans le monde et dans l'histoire. En ce sens, l'herméneutique philosophique est fondamentale².

Au XIX^{ème} siècle, les apports de l'herméneutique ont procuré aux sciences humaines – dans la perspective de leur temps – un statut scientifique. SCHLEIERMACHER et DILTHEY ont élaboré le concept de *Verstehen* (compréhension) comme trait caractéristique des sciences humaines, contrepartie de l'explication (*Erklären*) des sciences de la nature. Ce concept devait expliquer comment une connaissance objective (scientifique) était possible aussi en sciences humaines³. On voulait fixer, d'une part, l'attention sur des objets observables, comme le «sentiment vécu» (*Erlebnis*), et concrétiser, d'autre part, l'horizon de la recherche orienté vers l'histoire subjective des *Lebenszusammenhänge* (rapports concrets d'existence).

Cette juxtaposition, voire opposition entre les concepts de compréhension et d'explication n'est plus valable dans la philosophie contemporaine de la science. On a retenu plutôt que le paradigme herméneutique était à la base de toute science, étant donné le rôle primordial que joue le langage dans le domaine de la recherche. PAUL RICŒUR explique bien à quel point ces deux concepts – la compréhension et l'explication – sont entremêlés en disant: «[...] la compréhension enveloppe l'explication dans la mesure où l'explication développe la compréhension»⁴. En somme, on peut constater, aujourd'hui, une tendance croissante à traiter des problèmes philosophiques fondamentaux (par exemple en éthique) sous des aspects herméneutiques⁵.

Par opposition à l'herméneutique dite traditionnelle, l'herméneutique contemporaine n'aspire pas à l'élaboration de canons d'interprétation. Elle est devenue plus modeste en s'intéressant presque exclusivement au mode d'après lequel l'activité interprétative se déploie. Ainsi, l'herméneutique renonce à toute prétention normative. Elle ne veut qu'expliquer.

² MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 14^{ème} éd., Tubingen 1978, p. 37: «Die Phänomenologie des Daseins ist Hermeneutik in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes, wonach es das Geschäft der Auslegung bezeichnet».

³ WILHELM DILTHEY, *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie*, Berlin 1894, p. 1314: «Die Natur erklären wir, das Seelenleben verstehen wir».

⁴ PAUL RICŒUR, «Herméneutique et sciences sociales», in: PAUL AMSELEK (éd.), *Théorie du droit et science*, Paris 1994, p. 19.

⁵ NICOLAS H. SMITH, *Strong Hermeneutics: Contingency and Moral Identity*, Londres 1997.

III. Langage, interprétation et construction du sens social

Etant donné que l'interprétation se trouve au sein de toute démarche herméneutique, il importe de considérer de plus près les différentes acceptions de ce terme. Il est vrai qu'on interprète un texte afin de saisir son sens. C'est pour cette raison qu'on a parlé de l'interprétation comme l'art de la compréhension (SCHLEIERMACHER) ou comme l'art de «découvrir» le sens du texte (DILTHEY). D'après PAUL RICŒUR, l'interprétation comporte une sorte de décodage d'un sens caché dans le sens «ouvert» du texte. En outre, on évoque, dans la littérature, une interprétation immanente à l'œuvre littéraire qui, comme l'exprime ADORNO, révèle la configuration des différents moments dont cette œuvre est composée.

Plusieurs théoriciens ont rejeté l'idée que chaque texte contient un sens «objectif» qui serait susceptible d'être révélé par une interprétation correcte. En revanche, on a soutenu que le sens du texte se produisait au cours de l'interprétation. G. W. F. HEGEL a attiré l'attention sur le fait que l'interprétation ne doit pas remplacer un mot par un autre, que le sens originaire se transforme très vite en un autre. Apparemment, l'interprète se tient au sens originaire, mais, en réalité, il continue son opération en développant des pensées qui vont au-delà. FRIEDRICH NIETZSCHE soutient encore plus radicalement que chaque interprétation est productive de sens (social). Le fameux adage d'après lequel il n'y a pas de faits, mais seulement des interprétations, nous rappelle la force créatrice de l'interprétation. Aussi a-t-on insisté, dans le domaine de l'esthétique, sur le rôle important que joue l'interprétation dans l'appréciation de l'œuvre d'art. Selon UMBERTO ECO, l'œuvre d'art est, par sa nature, virtuellement ouverte à des lectures «infinies», partant de perspectives et de faits différents⁶. On a même soutenu que l'interprétation ne consiste jamais à identifier un sens déterminé mais qu'elle introduit plutôt le sens dans un texte qui n'en possède aucun⁷.

Il est vrai que l'herméneutique a toujours aspiré à une certitude de l'interprétation, à l'obtention d'un sens fixe de l'objet de l'interprétation (texte, action). Mais, comme l'ont démontré des développements plus récents dans

⁶ UMBERTO ECO, *Die Poetik des offenen Kunstwerkes. Das offene Kunstwerk*, Francfort 1973, p. 57.

⁷ HILLIS MILLER, «Tradition and difference», *Diacritics* 1972, p. 11-12.

ce domaine, une telle certitude n'est ni possible ni même souhaitable. Il se peut que la « pluralité » des sens possibles soit due à la « résistance » du monde extérieur qui, parfois, mène à une incompréhension complète⁸. Selon HANS-GEORG GADAMER, la référence au contenu propositionnel ne suffit pas pour comprendre un texte, car toute proposition est, en quelque sorte, motivée, ayant des « présupposés qu'elle ne dit pas »⁹.

Etant donné que les textes juridiques sont rédigés dans le langage ordinaire, qui se prête à la polysémie, la perspective que nous offre l'herméneutique philosophique doit être associée aux aspects qu'a développés la philosophie du langage. Celle-ci ne se contente pas de nous dire que le sens des textes écrits doit toujours être considéré dans un contexte pragmatique, ce qui est une exigence incontournable. Elle nous introduit aussi dans le domaine des rapports que le langage entretient avec la réalité se déployant autour des sujets connaissant. Nous pouvons ici distinguer trois aspects, un aspect épistémologique, un pragmatique et un ontologique qui sont entremêlés.

Agir en société signifie accomplir une activité de communication en réalisant des actes de langage. C'est pour cette raison qu'on a souvent avancé que toute expérience humaine est essentiellement linguistique. Mais sous l'angle du pragmatisme, on a appris que l'interprétation des normes juridiques ne consistait pas en un simple maniement des textes juridiques. Il s'agit plutôt de réaliser une série d'actions qui se rapportent à la réalité sociale et politique entourant les procédés herméneutiques. Ainsi, la réalité socio-politique ne constitue pas seulement un cadre de l'interprétation juridique. Elle est, en même temps, objet de connaissances et milieu d'action des acteurs sociaux.

La réalité sociale n'existe pas en tant que telle et n'est pas préconçue en dehors de nous. Elle est plutôt constituée par les acteurs sociaux dans leurs pratiques qui se déploient dans un cadre culturel, langagier et institutionnel. Sous le jour d'une ontologie pragmatique, le monde extérieur – tant naturel que social – n'est saisissable qu'à travers le langage qui donne aux objets de ce monde leur sens (contingent et lié à une culture actuelle). Ainsi, il n'y a ni une nature « intrinsèque » des choses ni un langage qui est « plus près » d'un

⁸ HANS KRÄMER, « Zur Rekonstruktion der philosophischen Hermeneutik », *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 1995, p. 176.

⁹ HANS-GEORG GADAMER, *Gesammelte Werke*, tome II, Tübingen 1986, p. 52.

monde objectif¹⁰. Il y a seulement une culture qui parle dans un monde social qui agit et se transforme en permanence.

Par le langage, même contingent, s'effectuent tant l'action que la cognition en société. Le constructivisme¹¹ épistémologique nous explique comment ces deux éléments essentiels de toute conception de la société et de son droit se réfèrent inéluctablement l'un à l'autre. Le langage, comme on l'a déjà évoqué, ne reflète pas une réalité extérieure «objectivement» existante, il ne désigne pas non plus les choses par des noms supposés correspondre à leur nature. Par le langage, les acteurs sociaux communiquent et se comprennent mutuellement, lors d'une pratique quotidienne. Dans cette perspective, le processus de connaissance de la réalité sociale n'est pas conçu comme une relation entre un observateur solitaire et les phénomènes sociaux qu'il aspire à connaître. Ce processus est plutôt un acte collectif, une pratique sociale de contenu complexe¹². Ici se manifestent les intérêts, les buts et les valeurs (morales et politiques) des participants. A partir de ces données et lors d'une communication active entre les participants au processus de connaissance se constitue le sens des propositions que les acteurs émettent sur les phénomènes impliqués dans leurs actions. Une telle conception du processus cognitif est particulièrement pertinente quant à la réalité socio-politique et juridique qui est créée, interprétée et mise en fonction par les acteurs sociaux en correspondance avec leurs buts et convictions variables¹³. Dans ce sens, la réalité socio-politique et juridique est un «construit».

¹⁰ RICHARD RORTY, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge 1989, p. 4 ss.

¹¹ Sur le développement de la doctrine constructiviste de nos jours, voir, en général, ERNST VON GLASERSFELD, *Radical Constructivism. A Way of Knowing and Learning*, Londres 1995; NANCY NELSON SPIVEY, *The Constructivist Metaphor*, San Diego 1996; SIEGFRIED J. SCHMIDT (éd.), *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*, Francfort 1996.

¹² SIEGFRIED J. SCHMIDT, «Radikaler Konstruktivismus», in: *Kognition und Gesellschaft*, Francfort 1992, p. 10; PAUL WATZLAWICK, *Die Unsicherheit unserer Wirklichkeit*, Munich 1995, p. 50; l'auteur souligne que la réalité n'est pas construite arbitrairement, qu'elle est une convention, un produit de la communication.

¹³ VALENTIN PETEV, «Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique», *Archives de philosophie du droit*, tome 43, 1999, p. 33-34.

IV. Le discours politico-juridique dans le cadre d'une herméneutique reconsidérée

Les développements précédents ont démontré que le phénomène d'interprétation des normes et des faits sociaux ne pouvait être appréhendé que dans le cadre plus vaste du processus de connaissances de la réalité sociale. Cela est vrai tant pour l'interprétation que pour la création du droit.

L'interprétation et l'application des normes juridiques ne suivent pas le paradigme du positivisme juridique d'après lequel un législateur (pouvoir politique) exprime sa volonté en termes clairs et précis statuant des normes de conduite (lois) afin d'atteindre des buts politiques (réglementation et guidage des affaires sociales), une volonté qui peut être facilement discernée par tous ceux qui doivent appliquer les lois. Il est clair que ni le juge ni d'autres agents qui mettent en œuvre le droit ne procèdent à une application mécanique du droit suivant les règles d'une méthode patente. Comme on va le voir, la compréhension du contenu des normes juridiques qui servent de base à toute décision juridique se déploie dans une situation herméneutique assujettie à des catégories épistémologiques spécifiques.

La création du droit est un processus politico-juridique intégral dont l'activité législative ne constitue que la dernière étape. Ce processus est dominé, dans tous ses éléments, par les directives herméneutiques. Ainsi, si l'on suit la directive de «contextualité», on s'aperçoit très tôt que le discours politico-juridique n'obéit pas exclusivement à des règles procédurales qui assurent une certaine rationalité. On constate qu'ici entrent en jeu des positions d'intérêts divergentes¹⁴. Cependant, les préoccupations des participants aux discours ne sont pas seulement stratégiques, comme elles ne se réduisent pas à de simples votes. Les participants aux discours politico-juridiques sont plutôt tenus à bien comprendre leurs positions respectives en considérant tant leur «historicité» que leur actualité. De plus, ils doivent se rendre compte que le discours repose sur la délibération, qu'il consiste en un échange d'arguments et mène à des résultats rationnellement opérés et comme tels acceptables. Ici, les participants doivent être conscients du fait que les solutions

¹⁴ Sur l'analytique et la méthodologie d'évaluation des intérêts, voir la profonde étude de CHARLES-ALBERT MORAND, «Pesée d'intérêts et décisions complexes», in: *La pesée globale des intérêts*, Bâle 1996, p. 41-86, notamment p. 66 ss.

envisagées ne sont pas simplement à trouver, car elles n'existent pas préalablement et ne sont pas identiques aux représentations factuelles et conceptuelles des différents partis.

Le discours judiciaire explicite encore plus clairement les exigences et les directives herméneutiques. On pourrait même affirmer que les modes et démarches de l'interprétation judiciaire constituent une situation herméneutique typique. Les différentes critiques du positivisme juridique nous ont convaincu que la décision judiciaire n'est pas le résultat de la logique contraignante d'une opération de déduction à partir d'une norme juridique comme prémisses majeure et passant par le cas à résoudre comme prémisses mineures. La philosophie analytique a parfaitement démontré que le langage ordinaire, utilisé par le droit, est polysémique et, comme tel, se prête à différentes interprétations. En outre, en considérant les intérêts des parties et le but de la norme applicable, le juge se voit dans une situation herméneutique très complexe. Il ne peut s'appuyer sur un sens «authentique» de la norme préfigurée par le législateur, et qui serait à trouver en appliquant la méthode dite historique.

Le juge est censé établir clairement la structure de la situation herméneutique en présence. Ici, il identifie la «*troïka*» des joueurs: le législateur, comme auteur de la norme, les parties au procès auxquelles s'applique la norme et le juge même. Le législateur a, sans doute, conféré, en son temps, un sens déterminé à la norme. Mais c'est le juge qui assume l'obligation d'apporter une compréhension actuelle à la norme qu'il prend comme base de sa décision. Il effectue une interprétation des données actuelles du procès sur le plan de sa propre «précompréhension» politico-juridique. Aussi les vues factuelles et conceptuelles des parties au procès, qui s'associent à l'interprétation, sont-elles constitutives de la situation herméneutico-juridique. Le juge, étant tenu de décider le litige, effectue une «fusion» des horizons de cette «*troïka*» herméneutique. De cette manière, on arrive à une production collective du sens des normes applicables à l'espèce.

Il y a lieu de se demander si la décision élaborée sous les conditions strictes d'un discours juridique est correcte du point de vue du système juridique en vigueur. On a soutenu à plusieurs reprises que le droit tient toujours à notre disposition une – et seulement une – réponse correcte aux problèmes que soulève la pratique juridique («*one-right-answer thesis*»). Ce comporte-

ment serait intuitif et, en outre, correspondrait aux attentes légitimes des membres d'un Etat de droit. Une telle explication ne me semble pas satisfaisante. Elle risque de retomber dans les méandres positivistes que nous croyons dépassés. On doit plutôt accepter, en revanche, à la lumière des acquis herméneutiques, que la décision correcte est celle pour laquelle les meilleurs arguments ont été allégués.

Une dernière question à aborder, dans le cadre des développements précédents, serait celle de la qualité de vérité que possèdent les propositions juridiques. Cette question se pose tant au juge qu'au théoricien du droit. Le juge, par sa fonction, aspire à une décision correcte et juste sur le cas particulier en affirmant que les propositions qu'il émet par rapport aux normes applicables ainsi que par rapport aux faits de l'espèce sont vraies. Le théoricien s'efforce aussi, pour sa part, de donner une interprétation du droit qui, étant fondée sur des propositions théoriques vraies, aide le juge et les autres agents qui mettent en œuvre le droit.

Pourtant, on pourrait bien se contenter de dire que les propositions par lesquelles le juge exprime sa décision sont correctes ou bien fondées sans chercher à leur attribuer la qualité de vérité. Mais, malheureusement, on constate, encore de nos jours, une forte tendance à qualifier de vraies les propositions judiciaires ainsi que celles de la science juridique – de toute évidence, un legs des temps positivistes.

Avec le tournant pragmatique en épistémologie philosophique, le doute sur la notion de vérité comme correspondance entre nos représentations d'un monde extérieur et ce monde objectif, en dehors de nous, s'est aggravé. On a démontré que notre seul accès à la réalité extérieure était essentiellement langagier et que le langage n'était qu'une convention. Nous sommes donc confrontés à une réalité qui n'est pas préconçue, qui dépend plutôt de nos pratiques sociales avec ses multiples communications et discours, dans lesquels se forment nos représentations et concepts de la réalité.

Je ne suis pas sûr qu'aujourd'hui on puisse encore maintenir la notion de vérité comme correspondance, même dans les sciences naturelles. Je pense plutôt que la qualité de vérité des propositions (en science) est due à leur cohérence, dans le cadre d'un domaine de recherche, ou, en général, à l'inté-

rieur d'un système de propositions scientifiques. Et cela ne contredit pas la possibilité de preuves empiriques.

Pour les sciences juridiques, il faut retenir que les thèses du pragmatisme contemporain s'accordent bien avec les acquis herméneutiques présentés ci-dessus. La conséquence en est que, tant en science que dans la pratique juridique, on peut considérer comme équivalentes la notion de vérité et celle de justification¹⁵. On doit même, à mon avis, aller plus loin en affirmant que la qualité de vérité, si on veut l'introduire, n'apporterait rien à la fiabilité des propositions juridiques, et cela non pas seulement pour des raisons sémantiques. Le but à viser est de donner aux normes juridiques une interprétation pratiquement utile, conforme au droit en vigueur, conçue contextuellement, c'est-à-dire d'arriver à des résultats justifiables et discursivement justifiés. La question des conditions discursives de la justifiabilité dépasse le cadre de cette étude.

¹⁵ Voir l'analyse de ce couple de notions sur le plan philosophique chez JURGEN HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Francfort 1999, p. 271 ss.

GEWÄHRLEISTUNG FAIRER LEBENSCHANCEN – VORNEHMSTE AUFGABE UND FUNKTION DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATES UND SEINER RECHTSETZUNG*

PAUL RICHLI

Professeur à l'Université de Bâle

I. Einleitung

Wer zur Festschrift für CHARLES-ALBERT MORAND einen Beitrag leisten darf, ist in besonderer Weise herausgefordert, zu den Grundfragen des Rechts vorzutossen, zählt der Jubilar doch zu den wenigen Rechtsgelehrten mit einem ausgeprägten Interesse für grundsätzliche und interdisziplinäre Fragestellungen. Insbesondere hat er die Rechtsetzungslehre von ihrer Fixierung auf die juristische Perspektive gelöst und die Bedeutung der sozialwissenschaftlichen Sichtweise herausgearbeitet. Dies gilt vorweg für die Gesetzevaluation, welche der empirischen Fundierung nicht entraten kann¹. Im Weiteren ist die Rechtsetzungslehre im Gesamten auf die Mitarbeit anderer Disziplinen angewiesen, so namentlich auf die Mitarbeit der Soziologie, der Politologie, der Ökonomie, der Informatik und der Kommunikationswissenschaft. Auch der Psychologie und der Ethnologie traut der Jubilar gehaltvolle Beiträge zu². Schliesslich sei an dieser Stelle erwähnt, dass CHARLES-ALBERT MORAND für

* Herrn lic. iur. KONRAD SAHLFELD, LL.M., Assistent an meinem Lehrstuhl, danke ich für vielfältige Unterstützung bei der Bearbeitung dieses Beitrags.

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «Formes et fonctions de l'évaluation législative», in: *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, sous la direction de BENOIT JADOT/ FRANÇOIS OST, Bruxelles 1999, S. 207–227 und frühere Beiträge.

² CHARLES-ALBERT MORAND, «Eléments de légistique formelle et matérielle», in: *Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic*, sous la direction de CHARLES-ALBERT MORAND, Aix-Marseille 1999, S. 17-45 (28 ff.).

die wissenschaftliche Weiterentwicklung der zumal im öffentlichen Recht beinahe allgegenwärtigen Interessenabwägung ausserjuristische Elemente heranzieht³.

In meinem Beitrag zur Festschrift für den Jubilar will ich diesen Faden aufnehmen und ihn auf der Grundlage eigener Überlegungen der letzten Jahre etwas weiter spinnen. Zugleich soll der Blickwinkel auf die Geisteswissenschaften, insbesondere die Philosophie, ausgedehnt werden. Das Ziel ist zu skizzieren, dass die vornehmste Funktion des Staates und seiner Rechtsetzung die Gewährleistung fairer Lebenschancen ist. Die Überlegungen beginnen bei den Staatsaufgaben (Ziff. II), schreiten fort zu den Funktionen der Rechtsetzung (Ziff. III), verdichten sich in Ableitungen für die Gewährleistung fairer Lebenschancen (Ziff. IV), werden am Beispiel der Steuer auf privaten Kapitalgewinnen illustriert (Ziff. V) und enden mit Schlussfolgerungen (Ziff. VI).

II. Über die Aufgaben des Staates

A. Vorbemerkung

Wer über die Aufgaben des Staates nachdenkt, stösst sogleich auf einen vielfältigen Kontext. Zentral sind die historische Entwicklung (B), die gegenwärtigen Trends (C) sowie der Grundrechtsschutz (D). Daraus sind Folgerungen zu ziehen (E).

B. Historische Entwicklung

Für das Verständnis des heutigen demokratischen Rechtsstaates muss man mindestens bis ins 16. Jahrhundert Rückschau halten, als sich der Polizeistaat herauszubilden begann. Dieser bemühte sich vor allem um die Legitimation seiner Herrschaft. Der für den Polizeistaat wesentliche Polizeibegriff umfasste einerseits die Aufgabengebiete des Staates, andererseits die Mittel ihrer Durchsetzung. Staatsaufgaben wurden aus Staatszwecken abgeleitet bzw.

³ CHARLES-ALBERT MORAND, «Pesées d'intérêts et décisions complexes», in: *La pesée globale des intérêts*, Publié par CHARLES-ALBERT MORAND, Bâle 1996, S. 41–86.

durch diese legitimiert. Als Staatszwecke erschienen Sicherheit, Wohlfahrt, Nützlichkeit und Glückseligkeit. Der Staat hatte damit sehr weitgehende Zuständigkeiten, mithin die Tendenz zur Allzuständigkeit, zumal ihm nicht nur das kollektive, sondern auch das individuelle Wohl überantwortet war. Dieses Konzept schlug sich in der im 18. Jahrhundert typischen Formel «gemeine Wohlfahrt und Sicherheit»⁴ nieder.

Der bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts zog sich demgegenüber aus der Sicherung der «gemeinen Wohlfahrt» zurück. Man gelangte zur Trennung von Staat und Gesellschaft, welche in Kontinentaleuropa mit der Ausdifferenzierung von Privatrecht und öffentlichem Recht verbunden war. Charakteristisch war die Verrechtlichung der staatlichen Aktivitäten. Aufgabe des Staates war die Gewährleistung von Freiheit und Eigentum. Möglich wurde dieses Konzept im Gefolge des Liberalismus, der auf die Koordinationsleistungen nicht-staatlicher Institutionen, namentlich des Marktes, setzte. Damit war die Vorstellung verbunden, dass das Geflecht von privaten Interessen der gemeinsamen Wohlfahrt dienlicher sei als staatliche Vorsorge⁵.

Die mit der Industrialisierung verbundenen sozialen Probleme führten spätestens seit der Mitte des 19. Jahrhunderts zur Überzeugung, dass der Staat sich auch im Bereich sozialer Anliegen engagieren müsse. War dieses Engagement anfänglich punktuell, so weitete es sich im 20. Jahrhundert immer mehr in Richtung Sozialstaat aus. Ferner setzte sich die Überzeugung durch, dass Sozialstaatlichkeit bzw. Sozialpolitik als Gewährleistung der sozialen Voraussetzungen der Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit nötig sei. Meinungsverschiedenheiten bestanden nicht mehr über das Ob, sondern nur noch über das Wieviel. Damit etablierte sich das Konzept des sozialen Rechtsstaats.

Dieses Konzept bedeutet keine Rückkehr zur Wohlfahrtsverantwortung des Polizeistaats. Hingegen wird die strukturelle Verselbständigung der gesellschaftlichen Teilbereiche und die grundsätzlich unabhängige Rechtsstellung der in ihrem Kontext handelnden individuellen und kollektiven Akteure anerkannt. Das Anliegen ist jetzt (nur noch, aber immerhin), unerwünschte Folgen der gesellschaftlichen Selbststeuerung zu korrigieren und zu kompen-

⁴ Vgl. dazu FRANZ-XAVER KAUFMANN, «Diskurse über Staatsaufgaben», in: GRIMM (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S. 15–41 (S. 20 f.).

⁵ Vgl. dazu KAUFMANN (Anm. 4), S. 21 ff.

sieren. Im Gefolge der strukturellen Ausdifferenzierung der Gesellschaft, die mit einer (teilweisen) Auflösung oder Relativierung ehemaliger Sorgeverbände, wie insbesondere der (Gross-) Familie, einhergeht, fällt dem Staat die Aufgabe zu, soziale Teilhabemöglichkeiten für alle Menschen bereitzustellen. Dies geschieht weitgehend durch die Zuerkennung von sozialen Rechten. Die Implementation solcher Normen wird je länger desto weniger als ausschliessliche Sache des Staates gesehen. Es treten vermehrt auch intermediäre Akteure auf, was die Trennung von Staat und Gesellschaft verwischt⁶.

C. *Gegenwärtige Trends*

Ein gegenwärtiger Trend hebt sich vom Sozialstaat bzw. Wohlfahrtsstaat ab und geht in Richtung eines Steuerungsstaates, der mit einer Reihe von neuen und zusätzlichen Aufgaben verbunden ist, also noch potenter als die genannten Ausprägungen auftritt. Zu nennen sind insbesondere der Schutz der natürlichen Ressourcen im Hinblick auf die Sicherung des ökologischen Systems, weiter die Prävention vor den Gefahren und Risiken neuer Technologien und vor der Ausbreitung von Krankheiten und Kriminalität sowie die vorausschauende Wirtschaftspolitik. Dabei zeigt sich aber, dass die Steuerungsleistungen des Staates begrenzt sind und dass es der Entfaltung neuer Steuerungsmodelle bedarf, wobei in den Sozialwissenschaften vor allem an die nichthoheitliche Steuerung gedacht wird. Da die Grenzen der Nationalstaaten in stets zahlreicheren Bereichen überschritten werden, ergibt sich zunehmend die Notwendigkeit überstaatlicher Steuerung⁷. Allerdings gibt es Stimmen, welche dem Nationalstaat weiterhin viel zutrauen und ihn nach der Familie immer noch als die «erste Adresse bei der Gestaltung des Gemeinschaftslebens und der Lösung seiner Probleme betrachten»⁸.

⁶ Vgl. KAUFMANN (Anm. 4), S. 23 ff.

⁷ Vgl. KAUFMANN (Anm. 4), S. 28 ff.; eindrücklich dazu PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Berne 1995, S. 111 ff.

⁸ So ERNST FRIEDRICH JUNG, «Europa – müde der Integration? Etikettierungen statt Anstalten der nationalstaatlichen Substanz», in: *Neue Zürcher Zeitung vom 3./4. Mai 1997*, S. 85.

Ein anderer Trend geht in Richtung Abbau des staatlichen Regelungsanspruchs. Die Rede ist vom Supervisionsstaat⁹ einerseits und vom Gewährleistungsstaat¹⁰ andererseits. Diese überlassen der Gesellschaft und ihren Gruppen vermehrt Aufgaben zur eigenen Erledigung. Die Gründe dafür liegen in den beschränkten staatlichen Ressourcen und im beschränkten staatlichen Wissen für die Aufgabenerledigung. Der staatliche Beitrag beschränkt sich in einzelnen Bereichen auf die Gewährleistung, was einem Versicherungsmodell nahekommt. Wortführend ist hierbei nicht die Staatsrechtslehre, sondern die sozialwissenschaftliche Systemtheorie einerseits¹¹ und die Betriebswirtschaftslehre der öffentlichen Verwaltung (*New Public Management*) andererseits¹².

Aus staatsrechtlicher Sicht stehen Staatsaufgaben heute so oder anders in engem Bezug zur jeweils geltenden Verfassung. Von zentraler Bedeutung sind dabei je länger desto mehr die Grundrechte.

D. Grundrechtsschutz im Besonderen

Der Grundrechtsschutz hat im heutigen demokratischen Rechtsstaat eine besondere Bedeutung und Dignität. Er steht für ein anthropozentrisches Staatsverständnis. Auch wer, wie etwa ROBERT NOZICK¹³, einen Minimalstaat postuliert, bestreitet den Grundrechtsschutz nicht prinzipiell. Zu Diskussionen Anlass gibt hingegen das – für das Ausmass des Schutzes folgenreiche – Grundrechtsverständnis. Die liberale Sicht betont die defensive Funktion der Grundrechte und erhebt (in unterschiedlichem Ausmass) Vorbehalte gegen deren konstitutive Funktion. In der extremsten Variante lehnt der Liberalismus die konstitutive Funktion überhaupt ab. Beispielhaft dafür ist wiederum ROBERT NOZICK¹⁴. Sein Ziel liegt in der vollständigen Ökonomisierung des

⁹ Wortführend HELMUT WILLKE, *Supervision des Staates*, Francfort 1997, S. 11 ff.

¹⁰ Vgl. RENÉ WIEDERKEHR, *Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte*, Berne 2000, S. 192 f.

¹¹ Siehe insbes. WILLKE (Anm. 9), S. 41 ff.

¹² Siehe insbes. KUNO SCHEDLER, *Ansätze einer wirkungsorientierten Verwaltungsführung: Von der Idee des New Public Managements (NPM) zum konkreten Gestaltungsmodell: Fallstudie Schweiz*, Berne 1995.

¹³ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State, Utopia*, New York 1974.

¹⁴ Vgl. dazu WOLFGANG KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1996, S. 318.

politischen Raumes. Staatliche Leistungen werden danach – wenn überhaupt – nach rein privatwirtschaftlichen Marktmechanismen erbracht. Demgegenüber erhält in der sozialstaatlichen Sicht die konstitutive neben der defensiven Funktion eine erhöhte Bedeutung. So stellt JOHN RAWLS, ein neben NOZICK die gegenwärtige politische Staatsphilosophie besonders prägender Philosoph, dem Rechtsstaatsprinzip ein Prinzip sozialer Gerechtigkeit an die Seite¹⁵. Konkret zählt er nicht nur Freiheitsrechte, sondern auch Chancen, Vermögen und Eigentum zu den gesellschaftlichen Grundgütern, deren gerechte Verteilung zu den Hauptaufgaben des Staates gehört. In diesem Kontext ist auf einen attraktiven Versuch hinzuweisen, Staatsaufgaben von den Grundrechten her zu definieren¹⁶.

E. Folgerungen

Staatsaufgaben sind mit Bezug auf ihre Einführung und Aufhebung das Ergebnis eines politischen Prozesses¹⁷, der überdies zirkulärer Natur ist¹⁸. Die Faktoren, welche ihn beeinflussen und in Gang halten, sind vielfältig und stehen in einem direkten Zusammenhang mit der zunehmenden Komplexität moderner Gesellschaftsstrukturen. Kontinuität und Fortschreibung sind die Regel, Zäsuren und dramatische Veränderungen die Ausnahme. Zur Ausdifferenzierung der Gesellschaft gesellt sich die Ausdifferenzierung der Wissenschaften. Die Folge ist, dass sich je länger desto mehr Disziplinen für den Staat und seine Aufgaben interessieren und dass das Staatsrecht nicht allein die Entwicklung analysieren, deuten, beeinflussen und einer theoretischen Fundierung zuführen kann. Gefragt ist und teilweise auch praktiziert wird ein interdisziplinärer Ansatz. Er hat sich nicht zuletzt in der Wahl der Instrumente für die Erledigung von Staatsaufgaben bemerkbar gemacht.

In Bereichen neuer Staatsaufgaben, insbesondere in der Umweltpolitik, treten Gebote und Verbote zugunsten indirekt wirkender Steuerungsmittel (marktwirtschaftliche Instrumente wie Lenkungsabgaben) in den Hintergrund

¹⁵ Vgl. KERSTING (Anm. 14), S. 259 ff. und S. 320.

¹⁶ WIEDERKEHR (Anm. 10), bes. S. 153 ff.

¹⁷ DIETER GRIMM, «Staatsaufgaben – eine Bilanz», in: DERS. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S. 771–785 (S. 773).

¹⁸ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 774.

oder werden jedenfalls durch solche Instrumente ergänzt¹⁹. Bei der Erfüllung der sog. Kernaufgaben des Staates ist man demgegenüber nach wie vor auf Gebote, Verbote und auf staatlichen Zwang angewiesen²⁰. Die sozialstaatlichen Aufgaben werden prinzipiell nicht mit Geboten und Verboten, sondern mit Geld und geldwerten Leistungen erledigt. Von zunehmender Bedeutung sind daneben Informationsmittel, welche auf eine freiwillige, auf Einsicht und Verantwortungsbewusstsein gründende Verhaltensänderung der Individuen abzielen²¹. Damit verbunden sind Verhandlungssysteme bzw. der Einsatz prozeduralen Rechts²².

Sofern und soweit der Staat vom Einsatz von Zwang absieht, verzichtet er auf bzw. verliert er seine hierarchische Position und gebärdet sich als Partner von gesellschaftlichen Kräften, deren Verhalten er zu steuern sucht. Unter diesen Umständen haben auch die gesellschaftlichen Kräfte ein Interesse an der Zusammenarbeit mit dem Staat²³. Kooperatives Handeln stellt Probleme mit Bezug auf die rechtliche Einordnung; die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht wird zusehends fragwürdig. Darunter leidet auch die demokratische und rechtsstaatliche Legitimation dieser Aktivitäten²⁴. Immerhin wird anerkannt, dass die kooperativen Steuerungsformen weitgehend funktionieren. Das erkläre sich daraus, dass der Staat im Verweigerungsfall hoheitlich auftreten könne²⁵.

Letztlich bleibt die Frage nach den Massstäben für Aufgabenentscheidungen und für die Aufgabenkritik²⁶. Diesbezüglich sind normative Überlegungen unverzichtbar²⁷. Von der Wissenschaft wird erwartet, dass sie sich zur Frage äussert, welche Aufgaben berechtigterweise oder unter

¹⁹ Vgl. dazu etwa SUSETTE BIBER-KLEMM, «Staatliche Kontrolle und private Autonomie im betrieblichen Umweltschutz: Der Betriebsbeauftragte für Umweltschutz nach deutschem Recht und die Umwelt-Managements-Systeme und Audits. Ein Diskussionsbeitrag», *Umweltrecht in der Praxis*, 1997, S. 177–196 mit Hinweisen.

²⁰ GRIMM (Anm. 17), S. 777.

²¹ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 778.

²² GRIMM (Anm. 17), S. 778.

²³ GRIMM (Anm. 17), S. 780.

²⁴ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 780.

²⁵ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 782.

²⁶ Einen eindrücklichen Beitrag leistet diesbezüglich SALADIN (Anm. 7), S. 88 ff. und S. 121 ff.

²⁷ Vgl. dazu etwa GERHARD SCHMID, «Überlegungen zur Auslese von Staatsaufgaben im politischen System der Schweiz», in: *Zukunft des Staates, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft 1990*, S. 121–135 (S. 127 ff.).

Zweckmässigkeitsaspekten Gegenstand staatlicher Regelungen sein sollen und was den Individuen überlassen werden soll. Die Entwicklung solcher Grundsätze kann nicht von der Legitimationsgrundlage absehen. Dabei kommt es nach heutigem Verständnis auf die Zustimmung bzw. Zustimmungsfähigkeit der Rechtssubjekte an²⁸. Damit lässt sich nun zwanglos der Anschluss an die hier vertretene These herstellen, vornehmste Aufgabe des Staates sei die Gewährleistung fairer Lebenschancen. Denn bei solcher Gewährleistung darf angenommen werden, dass die Voraussetzungen für eine weitestgehende Zustimmungsfähigkeit geschaffen sind. Jedenfalls spricht die alltagspsychologische Wahrnehmung dafür, dass faire Lebenschancen Zustimmung generieren. Dabei dürfte es belanglos sein, ob man Fairnesskriterien eher bei der Verteilungsgerechtigkeit oder bei der Tauschgerechtigkeit sucht. Die Ergebnisse dieser beiden Legitimationsstrategien decken sich nämlich zum grossen Teil²⁹.

III. Über die Funktionen der Rechtsetzung

A. *Vorbemerkung*

Die Funktionen der Rechtsetzung hängen mit den Aufgaben und Funktionen des Staates aufs Engste zusammen. An dieser Stelle kann auf die Gliederung zurückgegriffen werden, welche jüngst GEORG MÜLLER in seinen «Elementen einer Rechtsetzungslehre» herausgearbeitet hat. Er unterscheidet Ordnung und Stabilisierung des Verhaltens (Ziff. B), Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung (Ziff. C), Legitimierung und Integration (Ziff. D) sowie politische Auseinandersetzung und Konsensfindung (Ziff. E). Daraus sind wiederum Folgerungen zu ziehen (Ziff. F).

B. *Ordnung und Stabilisierung des Verhaltens*

Staatliches Recht erhebt in aller Regel einen Ordnungsanspruch und erfüllt eine Ordnungsfunktion. Das Recht hat sicherzustellen, dass menschliches

²⁸ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 783.

²⁹ Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 784.

Verhalten voraussehbar ist und daher sinnvoll und erfolgsversprechend geplant werden kann. Nur bei Voraussehbarkeit des Verhaltens der Mitmenschen können Menschen erfolgsversprechende Rechtsverhältnisse begründen und damit sinnstiftende Lebenschancen wahrnehmen und verwirklichen. In der systemtheoretischen Diktion geht es um die Generalisierung und Stabilisierung des menschlichen Verhaltens³⁰. Aus rechtlicher Sicht ist zumal von Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz die Rede. Es geht darum, dass die Menschen auf Geltung, Bestand und Durchsetzung von Rechtsnormen im Sinne des Geltungs- und Kontinuitätsvertrauens setzen können³¹. Erfreulicherweise beginnt auch die Rechtsprechung, diesem Faktum zunehmend Beachtung zu schenken und sich vom Dogma zu lösen, dass Recht jederzeit geändert werden könne³².

C. Ermöglichung und Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung

In Erweiterung der von GEORG MÜLLER erwähnten Funktion wird hier nicht allein die Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung genannt, sondern auch die Ermöglichung. Während mit der Steuerung auf die staatlichen Politiken verwiesen wird, welche vorwiegend mit den Mitteln des Verwaltungsrechts implementiert werden³³, geht es bei der Ermöglichung vor allem um Institute des Privatrechts. Diese sind für die Verwirklichung von Lebenschancen von nicht weniger fundamentaler Bedeutung, ja sie stehen für die eigenverantwortliche und sinnstiftende Gestaltung des Lebens (immer noch und wieder vermehrt) im Vordergrund. Es ist vielmehr der Staat, der sich in einer zunehmenden Begründungsschwäche für seine zahlreichen Politiken wiederfindet und vor allem auch in einer zunehmenden Gefahr der Überanstrengung³⁴. Die Reaktion kann und darf allerdings nicht eine generelle und radikale Rücknah-

³⁰ Siehe namentlich NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, S. 94 ff.

³¹ Siehe GEORG MÜLLER, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zurich 1999, S. 10; REINHOLD ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie: ein Studienbuch*, 3. neub. Aufl., Munich 1984, S. 161 ff.; PAUL RICHLI, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung. Ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen, sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle 2000, S. 203 ff.

³² So eindrücklich BGE 118 Ib 256 E. 9.

³³ So deutlich MÜLLER (Anm. 31), S. 11 f.

³⁴ Siehe MÜLLER (Anm. 31), S. 13.

me staatlicher Gesellschaftssteuerung über das Medium Recht sein, sondern eine vermehrte Diskussion über eine sinnvolle Aufgabenteilung zwischen staatlicher Steuerung einerseits und der eigenverantwortlichen Sozialgestaltung auf der Grundlage des Rechts, insbesondere des Privatrechts, durch die Menschen und gesellschaftlichen Gruppen andererseits.

D. Legitimierung und Integration

Im demokratischen Rechtsstaat kommt der demokratischen Legitimation von Rechtsnormen eine herausragende Funktion zu³⁵. Legitimation und Integration werden durch die Öffentlichkeit der Rechtsetzungsverfahren, die Mitwirkungsrechte der Betroffenen sowie durch die institutionelle Verankerung der rechtsetzenden Organe vermittelt. Rechtsnormen sind immer mehr auf dem Wege dazu, Elemente des Vertrages in sich aufzunehmen. Dennoch ist davon die Rede, die Legitimations- und Integrationskraft der Regelungen sei im Schwinden begriffen. Der Grund liege im Verlust an «Gemeinsinn» und gemeinsamen Wertvorstellungen sowie in einer allgemeinen Abwendung vieler Bürgerinnen und Bürger vom Staat³⁶.

E. Politische Auseinandersetzung und Konsensfindung

Das Verfahren der Rechtsetzung führt zur Formulierung und Gegenüberstellung von Regelungsvorstellungen der einzelnen Akteure des politischen Systems. Dies ist Voraussetzung für die Suche nach allseits akzeptablen Regelungen, im Idealfall einer konsensualen Regelung. Allerdings ist die Demokratie, auch die Referendumsdemokratie, nicht auf durchgehenden Konsens angewiesen³⁷. Es reicht mitunter aus, dass tragfähige Kompromisse zustande kommen. Für Konsense sind die Transaktionskosten zumeist übertrieben hoch³⁸.

³⁵ MÜLLER (Anm. 31), S. 14.

³⁶ MÜLLER (Anm. 31), S. 15 mit Hinweisen.

³⁷ In dieser Beziehung mindestens missverständlich MÜLLER (Anm. 31), S. 16 f.

³⁸ Vgl. RICHLI (Anm. 31), S. 170 und 372 mit Hinweisen.

F. Folgerungen

Diese kurze Übersicht zeigt einerseits, dass die Rechtsetzung mehrere Funktionen erfüllt und erfüllen muss, dass sie aber andererseits einen Teil dieser Funktionen nicht (mehr) in hinreichendem Masse zu erfüllen vermag. Beklagt wird insbesondere ein schleichender Akzeptanzverlust der Rechtsetzung und mangelndes Interesse der Bürgerin und des Bürgers an ihrem Staat. Als Erklärung, wenn nicht sogar Entschuldigung, steht das Schwinden gemeinsamer Werte voran. Das Heil wird vermehrt in Verfahren gesucht. Die Betroffenen sollen an Rechtsetzungsverfahren (noch) vermehrt beteiligt werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Betonung von Verfahren, d.h. die Prozeduralisierung des Rechts eine notwendige, aber keine hinreichende Bemühung. Der Mangel liegt heute wohl weniger bei der Beteiligung der Betroffenen als eher bei der mangelnden Diskussion und Reflexion ihrer Wertsysteme. Der Mensch denkt nicht nur in Kategorien von Beteiligung/Nicht-Beteiligung, sondern auch in Kategorien von gerecht/ungerecht bzw. fair/unfair. Damit gesetztes Recht akzeptiert wird, muss es gewisse Gerechtigkeits- bzw. Fairnessstandards erfüllen³⁹. Wenn nicht alles täuscht, so lässt sich dieses menschliche Grundbedürfnis, das sich in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen artikuliert⁴⁰, in einem Anliegen fokussieren: in der Gewährleistung fairer Lebenschancen.

IV. Gewährleistung fairer Lebenschancen als Grundanliegen

Wird diese Entwicklung in den Fokus genommen und nach einem gemeinsamen Anliegen gefragt, so lässt sie sich nach der hier vertretenen Auffassung am ehesten wie folgt auf den Punkt bringen: Aufgabe des Staates ist die Gewährleistung fairer Lebenschancen für die unter seiner Regelungshoheit stehenden Menschen. Das bedeutet einerseits, dass der Staat nicht nur als

³⁹ Siehe JOHANNES W. PICHLER/KARIM J. GIESE, *Rechtsakzeptanz. Eine empirische Untersuchung zur Rechtskultur aus dem Blickwinkel der Ideen, Werte und Gesinnungen. Dargestellt am Beispiel einer österreichischen Demoskopie*, Vienne 1993, S. 259 ff. und 403 f.; RICHLI (Anm. 31), S. 1 ff.

⁴⁰ Siehe RICHLI (Anm. 31), S. 112 ff.

prozeduraler definiert werden kann, sondern auch und vor allem als materialer begriffen werden muss. Es reicht nicht aus, demokratisch legitimierte Regelungen zu generieren. Die Regelungen müssen auch inhaltliche Anforderungen erfüllen: sie müssen fair sein bzw. als fair wahrgenommen werden. Über die Kriterien der Fairness besteht damit selbstverständlich noch keine Gewissheit und Einigkeit. Fest steht aber, dass die Kriterien heute interdisziplinär generiert und diskutiert werden müssen⁴¹. Ein Fixstern für die Orientierung ist die Zustimmungsfähigkeit. Rechtsnormen müssen so gestaltet werden, dass sie für möglichst alle Menschen zustimmungsfähig sind⁴².

Im Interesse der Operationalisierung habe ich Kriterien der Fairness unlängst in Daumenregeln ausformuliert⁴³. Sie alle dienen dem hier formulierten Anliegen zur Gewährleistung fairer Lebenschancen. Danach sollen alle Menschen gleiche Chancen haben, ihr Leben innerhalb der staatlichen Rechtsordnung sinnstiftend und mit vergleichbarem Erfolg zu gestalten. Staatsaufgaben sollen mit anderen Worten so wahrgenommen und Rechtsnormen so ausgestaltet werden, dass es einerseits nicht prinzipielle und strukturelle Gewinner und Gewinnerinnen und andererseits nicht prinzipielle und strukturelle Verlierer und Verliererinnen gibt. Der einzelne Mensch kann zwar nicht damit rechnen, dass ihm das staatliche Recht all das verschaffe, worüber der am besten gestellte Mensch verfügt. Das staatliche Recht kann und soll aber namentlich gewährleisten, dass unter vergleichbaren Voraussetzungen alle Menschen gleiche Chancen der Verwirklichung von Lebensalternativen haben. Es kann und soll im Weiteren darauf hinwirken, dass bestehende Ungleichheiten durch Rechtsnormen nicht noch besonders verstärkt oder belohnt werden, es sei denn, dies sei auch für die schlechter gestellten Menschen nützlich. Und es kann und soll nicht zuletzt dem menschlichen Grundbedürfnis nach Ausgewogenheit in reziproken Beziehungen und Verhältnissen Rechnung tragen. Ein Grundrechtsschutz auf der Grundlage eines konstitutiven Verständnisses, wie es jetzt in Art. 35 der Bundesverfassung verankert ist⁴⁴, vermag zur Verwirklichung dieses Anliegens einen wichtigen allgemeinen Beitrag zu leisten.

⁴¹ Siehe dazu jetzt RICHLI (Anm. 31).

⁴² Vgl. GRIMM (Anm. 17), S. 783.

⁴³ Siehe RICHLI (Anm. 31), S. 419 ff.

⁴⁴ Siehe etwa RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung*, Bâle 2000, S. 152. Angemerkt sei hier nochmals, dass auf der Grundlage eines konstitutiven Grundrechtsdenkens geradezu Staatsaufgaben definiert werden können (so einlässlich WIEDERKEHR (Anm. 10), S. 153 ff.).

V. Zur Illustration: Steuer auf privaten Kapitalgewinnen

In den letzten Jahren hat das Fehlen der Besteuerung privater Kapitalgewinne in der Schweiz hohe emotionale Wellen geworfen. Bildlich ausgedrückt hat die «Volksseele» gegen das Faktum rebelliert, dass einerseits einige wenige Kapitaleigner und Kapitaleignerinnen durch Fusionen ohne eigene Bemühung teilweise ansehnliche Gewinne auf ihren Aktienbeständen erzielten, während gleichzeitig Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in mitunter erheblicher Zahl ihre Stellen verloren oder wenigstens darum bangen mussten. In diesen Kontext fielen auch vereinzelt Personen, welche offenkundig erhebliche Einkommen erzielten, hingegen per Saldo keine Einkommenssteuern entrichten mussten. Schliesslich machten Personen von sich reden, welche durch geschickte Verlegung des steuerrechtlichen Wohnsitzes erhebliche Steuereinsparungen erzielen konnten. Es kam denn auch, wie es kommen musste, Einzelne politische Kreise wurden aktiv und meldeten einen staatlichen Regelungsbedarf an. Erwähnt seien hier lediglich die Volksinitiative des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes «für eine Kapitalgewinnsteuer»⁴⁵, welche der Bundesrat den Eidgenössischen Räten zur Ablehnung empfiehlt⁴⁶, sowie parlamentarische Vorstösse aus dem (vorwiegend) linken politischen Lager, so etwa von Nationalrat Rechsteiner (St. Gallen)⁴⁷.

Der Bundesrat hält dafür, dass das Fehlen einer Steuer auf privaten Kapitalgewinnen unter Aspekten der Steuergerechtigkeit zwar ein Ärgernis sei. Dennoch will er von der Einführung nichts wissen. Eine solche Besteuerung sei administrativ zu aufwendig und bringe finanziell zu wenig Ertrag. Daher erhebe heute auch kein Kanton mehr eine solche Steuer, obwohl eine entsprechende kantonale Kompetenz besteht⁴⁸. Immerhin will der Bundesrat die Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer prüfen. Damit würden wenigstens grössere Kapitalanlagen erfasst⁴⁹.

Die Argumentationsweise des Bundesrates ist rational zwar nachvollziehbar. Sie verkennt aber einen wesentlichen Faktor, welcher sich nicht um

⁴⁵ Siehe BBl 1999, S. 9791.

⁴⁶ Siehe Botschaft des Bundesrates vom 25. Oktober 2000 über die Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer», BBl 2000, S. 5995 ff.

⁴⁷ Botschaft (Anm. 46), S. 6016.

⁴⁸ Botschaft (Anm. 46), S. 6009 ff.

⁴⁹ Botschaft (Anm. 46), S. 6018 f.

Aufwand und Ertrag kümmert, nämlich das Gerechtigkeits- bzw. Fairnessempfinden weiter Teile der Bevölkerung. Dieses scheint im Bereich der Steuern besonders virulent zu sein:

Seit Jahrzehnten gilt im Recht der Einkommenssteuer das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Das bedeutet, dass das Einkommen nicht nach Köpfen und auch nicht proportional besteuert wird sondern progressiv. Dieses, anhand von Gerechtigkeitsüberlegungen entwickelte Konzept ist über verschiedene Wege in die Diskussion eingeführt worden: über die Steuerrechtslehre⁵⁰, die Steuerrechtsprechung⁵¹, vor allem aber über die Finanzwissenschaft⁵², welche die Steuerrechtslehre diesbezüglich massgeblich zu beeinflussen schien. Verfassungsrechtlich wurde die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter der alten Bundesverfassung über Art. 4 thematisiert; in der neuen Bundesverfassung ist das Prinzip ausdrücklich formuliert worden (Art. 127 Abs. 2).

Die progressive Besteuerung ist heute zwar weitgehend – wenn auch nicht allgemein – akzeptiert; sie wird von vielen Steuerpflichtigen ab einer bestimmten Grenze aber als ungerecht empfunden und dämpft alsdann die Leistungsbereitschaft. Diese Art der Besteuerung kann mit anderen Worten auch übertrieben werden⁵³. In diesem Kontext fällt etwa die Klage des Bundesrates im Bericht über die Legislaturplanung 1991–1995 auf, die Bürger verlangten einerseits immer mehr vom Staat, seien andererseits aber nicht bereit, die nötigen Finanzen aufzubringen⁵⁴. Es ist nicht sicher, dass diese Be-

⁵⁰ Siehe zu dieser Thematik namentlich KATRIN KLETT, «Der Gleichheitssatz im Steuerrecht», ZSR 1992 II 5-143 (S. 139 ff.); DANIELLE YERSIN, «L'égalité de traitement en droit fiscal», ZSR 1992 II 147-297 (S. 169 ff.); MARKUS REICH, «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht», ASA 53 (1984/85), S. 5–28; KLAUS TIPKE, *Steuer-gerechtigkeit in Theorie und Praxis*, Cologne 1981.

⁵¹ Siehe etwa BGE 122 I 103 E. 2; 99 Ia 652 E. 9.

⁵² Vgl. etwa RICHARD A. MUSGRAVE, «Der gegenwärtige Stand der Theorie der Besteuerung», *Finanzarchiv* 1981, S. 20 ff.; RICHARD A. MUSGRAVE/PEGGY B. MUSGRAVE/LOME KULLMER, *Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis*, 2. Band, 4. Aufl., Tübingen 1988, S. 10 ff.; DIETER BRÜMMERHOFF, *Finanzwissenschaft*, 8. Aufl., Munich 2000, S. 385 ff.; HENNING BECKER, *Finanzwissenschaftliche Steuerlehre*, Munich 1990, S. 42 ff.

⁵³ Siehe dazu näher PAUL RICHLI, «Die Equity-Theorie als Kriterium für die Beurteilung des Gerechtigkeitsgehalts von Rechtsnormen», in: SCHLUEP (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat ARNOLD KOLLER*, Berne 1993, S. 149–172 (S. 166 ff.); BRÜMMERHOFF (Anm. 52), S. 493 ff.

⁵⁴ BBI 1992 III 14.

trübnis allein zu Lasten der Steuerpflichtigen geht. Es könnte sein, dass der Steuerwiderstand Ausdruck missachteter Gerechtigkeits- bzw. Fairnessgefühle ist.

In der umgekehrten Richtung scheint der Bundesrat die Gerechtigkeits- bzw. Fairnessgefühle im vorliegenden Kontext zu strapazieren. Die Abwesenheit einer Steuer auf privaten Kapitalgewinnen ist unter Aspekten der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein offenkundiger Mangel. Und er lässt sich nicht dadurch beseitigen, dass man geltend macht, diese Steuer sei administrativ zu aufwendig und finanziell zu wenig ergiebig. In Zeiten eines starken Börsenaufschwungs und bei Sondersituationen entstehen Gewinne auf privaten Kapitalgewinnen, welche man nicht ohne negative Auswirkungen auf die Gewährleistung fairer Lebenschancen übergehen kann. Das bedeutet nicht, dass um jeden Preis eine entsprechende Steuer erhoben werden müsste. Aber der Staat müsste sich etwas einfallen lassen, um die zahlreichen Verlierer und Verliererinnen einer fehlenden Besteuerung zu entschädigen und damit ihre Lebenschancen gegenüber den Gewinnern und Gewinnerinnen auszugleichen⁵⁵. Nicht ausgeschlossen ist im Übrigen, dass in diesem Kontext die Zuflucht zu einer symbolischen Rechtsetzung mindestens teilweise hilfreich sein könnte. Diese Art der Rechtsetzung umfasst verschiedene Erscheinungsformen, so namentlich Deklarationen, Gesetze mit moralischem Charakter, Gesetze mit Symbolen als Inhalt sowie Ersatzreaktionen⁵⁶. Im vorliegenden Zusammenhang wäre allerdings im besten Fall an eine Ersatzreaktion zu denken. Solche Reaktionen dienen freilich mehr der Beruhigung der Gemüter und vermögen keine echte Lösung herbeizuführen⁵⁷; sie haben anders gesagt eine Art pseudo-therapeutische Funktion. Als solche Reaktionen kämen etwa Aufrufe der Regierung an die Unternehmen in Frage, bei Fusionen die Interessen der Arbeitnehmenden ebenso zu wahren wie jene der Kapitaleignerinnen und Kapitaleigner.

⁵⁵ Zur Kompensation von Verlierern und Verliererinnen siehe im übrigen RICHLI (Anm. 31), S. 354 und 387.

⁵⁶ Siehe dazu ausführlich namentlich PETER NOLL, «Symbolische Gesetzgebung», ZSR 1981 I, S. 347–364 (S. 356 ff.); ferner, HARALD KINDERMANN, «Symbolische Gesetzgebung», in: GRIMM/MAIHOFER (HRSG.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 13, Opladen 1988; MÜLLER (Anm. 31), S. 260 f.

⁵⁷ Siehe NOLL (Anm. 56), S. 362.

Als Fazit ergibt sich, dass das Steuersystem im Allgemeinen und die Einkommenssteuer im Besonderen einer sorgfältigen Austerierung bedürftig sind. Der Verzicht auf die Einführung der Besteuerung der privaten Kapitalgewinne im Rahmen der direkten Bundessteuer bzw. der Verzicht auf Kompensation der Verliererinnen und Verlierer ist daher geeignet, Fairnessgefühle zahlreicher Steuerpflichtiger zu frustrieren. Wünschenswert wären im Hinblick auf eine faire Regelung etwa sinnvoll konzipierte sozialpsychologische Equity-Untersuchungen, welche Aufschluss für die Ermittlung von tauglichen Gestaltungskriterien geben könnten⁵⁸.

VI. Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass eine professionelle Rechtsetzung im heutigen demokratischen Rechtsstaat mehr als nur die Beachtung formaler Anliegen erfordert. Auch die Prozeduralisierung des Rechts ist nur die halbe Antwort auf die Frage nach gerechtem oder fairem Recht. Es geht darüber hinaus auch und vor allem um Inhalte.

So wenig wie die Formgebung kann die Inhaltgebung der Rechtsetzung allein der Politik überantwortet werden. Es bedarf der wissenschaftlichen Begleitung und Kritik. Gefragt und gefordert ist nicht ausschliesslich die Rechtswissenschaft. Gefordert und gefragt sind zahlreiche weitere Disziplinen, wie dies der Jubilar jüngst wieder mit Nachdruck herausstreicht⁵⁹. Das Beteiligungsrecht haben all jene Disziplinen, welche einen gehaltvollen Beitrag zur Erzeugung optimaler Rechtsnormen im jeweiligen Bereich leisten können. Dabei kann als allgemeines Leitmotiv die Gewährleistung fairer Lebenschancen dienen. Dieses Leitmotiv bedarf dann freilich der Konkretisierung und Ausdifferenzierung. Einen konkreten Vorschlag in diesem Sinne habe ich neulich unterbreitet⁶⁰.

Am Beispiel der Besteuerung privater Kapitalgewinne ist gezeigt worden, dass neben der Rechtswissenschaft namentlich auch die Finanzwissen-

⁵⁸ Dazu näher RICHLI (Anm. 53), S. 170.

⁵⁹ MORAND (Anm. 2), S. 28 ff.

⁶⁰ RICHLI (Anm. 31), S. 419 ff.

schaft und die Sozialpsychologie angesprochen sind. Die kompensationslose Ablehnung dieser Besteuerung widerspricht den Gerechtigkeits- und Fairness-erwartungen weiter Bevölkerungskreise und ist geeignet, Frustrationen zu erzeugen. Diese können sich nicht zuletzt in vermehrter Abwendung vom Staat und seinen Institutionen äussern. Dreht man den Blickwinkel um 180 Grad, so kann die These gewagt werden: Ein Staat, von dem sich die Bürgerinnen und Bürger zunehmend abwenden, hat es versäumt, durch seine Aktivitäten und seine Rechtsetzung faire Lebenschancen zu gewährleisten.

LIBRES PROPOS SUR LA SUBSIDIARITÉ DU DROIT PÉNAL

ROBERT ROTH

Professeur à l'Université de Genève
Directeur du Centre de technique et d'évaluation législatives
(CETEL)

I. A La Haye, du nouveau

Le 17 octobre 2000, la République démocratique du Congo saisissait la Cour internationale de justice¹ d'une requête tendant à faire constater la «violation du principe selon lequel un Etat ne doit pas exercer son autorité sur le territoire d'un autre Etat». La requête visait un ordre d'arrestation émis par un juge d'instruction belge contre le Ministre des affaires étrangères (depuis lors devenu Ministre de l'éducation) de la République démocratique du Congo. La Belgique accepta rapidement la juridiction de la Cour et, à l'heure où ces lignes sont écrites, l'affaire suit son cours². Sauf dérivation de procédure, elle devrait permettre à la Cour de statuer pour la première fois depuis la célèbre affaire du Lotus³ sur les limites, territoriales et matérielles, de la juridiction pénale⁴. C'est dire que l'entrée dans le nouveau siècle sera marquée par un renouvellement de la doctrine (au sens anglo-saxon du terme) sur l'étendue et

¹ Affaire n° 121.

² Dans une ordonnance rendue le 8 décembre 2000, la Cour a décidé de ne pas ordonner à titre de mesure provisionnelle la levée du mandat d'arrestation du juge d'instruction belge, considérant en substance que l'existence de ce mandat ne causait pas en soi de dommage irréparable au Congo. Elle a également rejeté la demande de la Belgique tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle, pour le motif que la personnalité visée par le mandat n'exerçait plus les fonctions de Ministre des affaires étrangères.

³ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.

⁴ Sur la distinction juridiction-compétence-rattachement, on peut renvoyer au récent ouvrage de MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal*, Bâle 2001, p. 12-16.

les restrictions à l'exercice de ce droit premier de l'Etat qu'est le droit de punir (ou plus précisément de poursuivre pénalement)⁵.

Les quelques propos que nous présentons ici s'inscrivent dans ce contexte de rénovation de la réflexion sur le rôle de l'Etat, réflexion menée avec originalité et talent ces trente dernières années par CHARLES-ALBERT MORAND. Dans l'esprit des travaux de notre collègue, on n'entrera pas ici en matière sur les passionnants mais terriblement complexes aspects techniques de la mise en place d'une «justice pénale internationale». Celle-ci servira de toile de fond à quelques propos tissés autour de la subsidiarité du droit pénal⁶, notion classique s'il en est, mais sur laquelle il nous a paru intéressant de projeter un regard éclairé par les développements récents, nationaux et internationaux, de la «matière répressive».

II. Subsidiarité en doctrine pénale: une étrange absence

Une (re) lecture rapide des ouvrages de doctrine générale récents de quelques pays continentaux⁷ conduit à une surprise: la quasi-absence de la notion de subsidiarité en tant que principe essentiel de droit pénal. Il faut certes ne pas tirer de l'absence de la chose celle du mot: la défense ou la promotion de l'interprétation restrictive des normes pénales relève bien d'une démarche dans laquelle les politologues verraient sans doute de la subsidiarité. Il n'en reste pas moins que la notion, si fondamentale en droit public général et plus

⁵ Cette distinction est importante, précisément au regard des obligations que le droit pénal international conventionnel impose aux Etats, en particulier en application de l'adage classique *aut dedere aut punire*, transformé graduellement en *aut dedere aut judicare* puis en *aut dedere aut prosequi*, pour tenir compte des systèmes ne connaissant pas la légalité absolue des poursuites, à l'image du droit italien (art. 112 Cst. It.) ou de certains cantons suisses, et admettant largement l'interruption des poursuites avant le renvoi en jugement.

⁶ Nous avons présenté oralement les principales thèses de cet article lors des XVII^{èmes} Journées Jean Dabin organisées à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, les 16 et 17 novembre 2000. Que les participants à l'«atelier» dans le cadre duquel s'est inscrit l'exposé soient ici remerciés pour leurs stimulantes remarques, en particulier son président, MICHEL VAN DE KERCHOVE, qui s'est efforcé de canaliser nos développements parfois débridés avec sa maestria habituelle.

⁷ Nous avons consulté les principaux ouvrages généraux publiés dans les pays suivants: France, Belgique, Italie et Suisse. Le cas particulier de l'Allemagne est traité dans les alinéas suivants.

encore international⁸, est *disséminée*⁹ dans la littérature pénale générale de la plupart des pays européens et ne possède pas, sur le plan des concepts, le statut de pilier du droit pénal qu'on aurait pu lui prêter.

Il faut ajouter à ce tableau une nuance de taille: la littérature du pays le plus familier d'une «jurisprudence des concepts», l'Allemagne¹⁰, accorde à la subsidiarité une place plus substantielle. Mais c'est généralement pour exposer un paradoxe, dans la lignée de l'article jalon d'ARTHUR KAUFMANN (1974)¹¹: fondement constitutionnel de la deuxième république allemande, le principe de subsidiarité est apparemment secondaire en droit pénal, même si KAUFMANN consacre, néanmoins, des pages éclairantes à ses diverses dimensions. Pourquoi ce décalage? En raison de la vocation propre (*ancillaire*, si l'on veut) du droit pénal, qui n'est pas d'établir la hiérarchie des valeurs que défend l'ordre juridique, mais de mettre en place les moyens et les conditions des valeurs essentielles retenues par ailleurs, c'est-à-dire par le politique. L'idée générale – peu originale en soi, mais c'est son caractère de principe organisateur qui est déterminant – est que le droit pénal est «la dernière ligne de défense de l'ordre juridique»¹². C'est traditionnellement dans le domaine de la protection du patrimoine que ce principe a connu le plus d'applications ou (plus encore) de tentatives d'applications¹³; depuis quelques années, l'objet s'est déplacé vers les incriminations «proclamatoires», dont la «norme pénale anti-raciste» (art. 261 bis CP) offre un exemple paradigmatique¹⁴.

⁸ On pense bien entendu avant tout à la construction européenne, articulée autour de ce principe entré dans les traités depuis Maastricht (cf. art. 5 ch. 2 Traité CE dans sa version «consolidée» par le Traité d'Amsterdam). Pour un panorama général, voir les trois ouvrages publiés à l'occasion des Journées Jean Dabin 2000 (note 6, ci-dessus): *Justice constitutionnelle et subsidiarité*; *Droit administratif et subsidiarité* et *L'Europe de la subsidiarité*, tous trois publiés à Bruxelles, 2000.

⁹ La subsidiarité est présente essentiellement dans deux secteurs particuliers: condition d'existence des faits justificatifs (cf. art. 32-34 CP) et concept d'organisation des cas de concours d'infractions ou de lois (cf. art. 68 CP).

¹⁰ Et, par ricochet, les «pays satellites» que sont la Suisse et l'Autriche (avec, pour le premier pays nommé, l'expression fréquente d'une défiance atavique à l'égard des grands concepts). Pour la Suisse, cf. les notes 13 et 14 ci-après.

¹¹ ARTHUR KAUFMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», in: *Festschrift Heinrich Henkel*, Berlin 1974, p. 89 ss.

¹² HANS SCHULTZ, «Abschied vom Strafrecht?», *ZStW* 92, 1980, p. 626.

¹³ Cf. URSULA CASSANI, *La protection pénale du patrimoine*, Lausanne 1988, p. 33 ss.

¹⁴ Cf. KARL-LUDWIG KUNZ, «Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung», *RPS* 116, 1998, p. 226.

Si l'on retient ici que la doctrine allemande exprime conceptuellement ce que les auteurs des autres pays admettent comme implicite, il convient maintenant de s'interroger sur les évolutions, voire les bouleversements, récents ou à venir, que la mise en place d'un «ordre juridique pénal international» entraîne.

III. Fonctions du droit pénal et fonctions de la peine à la lumière de la constitution et de l'activité des tribunaux internationaux *ad hoc*

Le 25 mai 1993, la première juridiction pénale internationale depuis la dissolution des tribunaux spéciaux de Nuremberg et de Tokyo était mise sur pied. Son cadre juridique est bien connu, tout autant que les événements dramatiques qui ont conduit la «communauté internationale» à franchir ce pas important: le Tribunal de la Haye, pour «juger les personnes présumées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie», a été créé par une Résolution du Conseil de sécurité prise en application du Titre VII de la Charte des Nations Unies¹⁵. Il s'agit donc, dans l'esprit des promoteurs du Tribunal, d'un instrument de promotion de la paix et de la sécurité. Ce qui nous retiendra quelques instants ici est exclusivement l'impact de cette initiative, complétée trois ans plus tard par la création du deuxième Tribunal international sur le Rwanda¹⁶ et neuf ans plus tard par celle du Tribunal spécial sur la Sierra Leone¹⁷, sur les *représentations* de la fonction du droit pénal et de la peine.

a. On a rappelé cette évidence dès les premières lignes de cet exposé: le droit de punir est un fondement de l'Etat et une condition première de sa pérennité; de ce fait, le droit pénal est associé à la stabilité, à la durée. Or, voici que la communauté internationale élabore des institutions pénales à caractère *éphémère*: il était bien établi, au moment de la constitution du Tribunal de La Haye, que cette juridiction serait dissoute si son activité, voire sa seule existence, mettait en péril l'intérêt supérieur au nom duquel il avait été

¹⁵ Résolution n° 827 (1993) du Conseil de sécurité.

¹⁶ Résolution n° 955 (1994) du Conseil de sécurité, du 8 novembre 1994.

¹⁷ Résolution n° 1315 (2000) du Conseil de sécurité, du 14 août 2000. Voir également le rapport du Secrétaire général du 4 octobre 2000, doc. S/2000/915.

constitué, à savoir la paix et la stabilité dans l'ex-Yougoslavie. Quel contraste avec l'image traditionnelle d'une discipline et d'une activité juridictionnelle associées à la stabilité! Voilà que la communauté internationale (s')avouait que l'activité de poursuite et de jugement pénaux pouvait menacer la stabilité et l'ordre. Dans une formule traditionnelle, le Tribunal fédéral suisse énonce que le droit pénal a pour objectif le «rétablissement de l'ordre social troublé par le délit»¹⁸. Ici, les termes pouvaient (hypothétiquement) être renversés, et le rétablissement de l'ordre social pouvait (peut toujours, même si l'hypothèse devient chaque jour moins vraisemblable¹⁹) passer par l'amputation du bras pénal. Ce renversement ne donnera certainement pas un second souffle à un abolitionnisme (du droit pénal) complètement passé de saison. En revanche, il peut, avec d'autres facteurs convergents ou divergents que nous allons maintenant examiner, accélérer la remise en question permanente de l'utilité d'incriminations ou de types d'interventions. L'effet ne serait pas négligeable à une époque d'humeur au surplus plutôt conservatrice.

b. Une fois les tribunaux constitués, il leur reste à remplir la mission d'une juridiction pénale, à savoir soit déclarer coupable et punir, soit acquitter. Nous n'entrerons pas ici dans le débat, à vrai dire quelque peu surréaliste, engagé par certains spécialistes et acteurs des tribunaux *ad hoc*, selon lesquels ce que «fabriqueraient» ces juridictions ne serait pas du droit pénal au sens où on l'entend généralement, mais «autre chose»²⁰. Il suffit de revenir

¹⁸ ATF 73 IV 172; le Tribunal fédéral ajoute: «Il ne tend pas à réparer le dommage causé à la victime». Phrase encore valide quant au principe général qu'elle énonce, mais qu'il convient de relativiser au regard des dispositifs de réhabilitation des victimes, cf. ci-après ch. VI.

¹⁹ Une nouvelle étape a été franchie dans la consolidation des Tribunaux *ad hoc*, avec la Résolution du Conseil de sécurité n° 1329 (2000), du 30 novembre 2000, qui réaffirme la nécessité de l'action des Tribunaux et renforce (modestement) leurs moyens en personnel.

²⁰ A ce sujet, la controverse parmi les juges de la Chambre d'appel dans le cadre de l'affaire *Erdemovic* (arrêt du 7 octobre 1997 dans l'affaire UIT-96-22-A) marque un jalon essentiel. Le juge CASSESE s'en prend vivement, dans son opinion dissidente, à la position de la majorité de la Cour, explicitée dans l'opinion séparée et convergente des juges McDONALD et VORAH, selon laquelle une question qui est pourtant de pur droit pénal, celle de l'état de nécessité et de la contrainte absolue – notions que le *common law* regroupe dans la notion de *duress* – peut et même doit, en l'absence d'une règle reconnue de manière incontestée par les droits nationaux, faire l'objet d'un «*policy-directed choice*» et reposer sur des «*considerations of social and economic policy*» (opinion CASSESE, par. 49). Témoigne de la confusion du débat le paragraphe à notre sens quasi incompréhensible que l'on peut lire dans l'ouvrage par ailleurs excellent de HERVÉ ASCENSIO/EMMANUEL DECAUX/ALAIN PELLET (éd.), *Droit international pénal*, Paris 2000, ch. 5, par. 4 lit. C.

aux classiques pour se rappeler cette évidence que «le langage de la vérité est uniforme et simple: mêmes idées, mêmes termes», et qu'il ne faut par conséquent jamais «mettre le langage en opposition avec lui-même»²¹. Ce sont donc bien des sanctions pénales qui sont prononcées à La Haye et à Arusha, comme à Genève ou à Paris²². Dès lors a dû se poser une question devenue *routinière* devant nos tribunaux: *à quoi sert la sanction pénale?*

Un bilan, tout à fait provisoire²³, peut être tiré des premières décisions au fond rendues par les tribunaux *ad hoc*.

Bien entendu, il s'agit pour ces Tribunaux non pas d'*inventer*, mais de *hiérarchiser*. On n'attend pas d'eux de nouvelles réponses aux interrogations traditionnelles sur les fonctions de la peine, mais une nouvelle organisation de ces fonctions.

Le premier élément tient sans doute aux conditions mêmes de création des instances. Comme on l'a rappelé, ces tribunaux ont un but, un *telos*, et il faut que la peine se conforme à ce but: la première caractéristique du *sentencing* des tribunaux *ad hoc* tient sans doute à ce qu'il (ne) prononce (que) des peines *téléologiques*²⁴.

²¹ JEREMY BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Paris 1820, vol. I, p. 48 et 47.

²² Caractère pénal renforcé par les développements très substantiels de plusieurs décisions clés (arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* sur l'exception préjudicielle d'incompétence, du 2 octobre 1995 IT-94-1-AR72 par. 128-136; jugement de la première Chambre dans l'affaire *Akayesu*, du 2 septembre 1998 ICTR-96-4-T par. 611-617) à propos de la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle en droit international pénal.

²³ Provisoire car, comme le remarque à juste titre PIERRE HAZAN, *La justice face à la guerre*, Paris 2000, p. 255, il y a eu un «processus de tâtonnement [...] dans la fixation des peines». L'exposé le plus cohérent, à ce jour et à notre connaissance, se lit dans le jugement de la Chambre rendu dans l'affaire dite *Celebici* (IT-96-21), le 16 novembre 1998. Pour une analyse, voir KAI AMBOS/JAN CHRISTOPH NEMITZ, *El sistema de penas y su ejecucion en el derecho penal supranacional*, présentée à Lima en août 2000; les auteurs mettent quant à eux en exergue les jugements *Akayesu* du TPIR, du 2 septembre 1998 (ICTR 96-4-T), et *Blaskic* du TPIY, du 3 mars 2000 (IT-95-14). KAI AMBOS présentera un rapport lors d'un colloque organisé par le Département de droit pénal de l'Université de Genève en mars 2001, dont un des thèmes principaux sera l'examen des fonctions de la peine dans le «système pénal international».

²⁴ De manière significative, le Tribunal ouvre son chapitre consacré aux «principes généraux» de *sentencing*, dans l'arrêt *Celebici* cité en note précédente, en tirant un parallèle avec des pratiques de sanctions nationales qui, elles aussi, supposent une corrélation avec les «*aims of sentencing*» du système en question (par. 1213).

Substantiellement, l'élément déterminant paraît être le caractère *prédominant* de la *prévention générale*²⁵. L'*épouvantail*²⁶ qui hante nos précis de droit pénal et nos salles d'audience se porte bien à La Haye et à Arusha. Il ne faut pas, et encore moins devant les 4 Tribunaux *ad hoc* qu'ailleurs, confondre toutefois prévention générale et dissuasion. L'apport le plus important des juridictions internationales à ce jour tient peut-être en l'équilibre recherché entre volet *néгатif* – la dissuasion – et *positif* de la prévention générale. Dans la conception traditionnelle, ce volet positif consiste en un rappel (ou une information) sur la norme et les valeurs qu'elle défend; ici, c'est l'idée de *réconciliation* qui est au premier plan. A nouveau, cela tient aux conditions dans lesquelles et aux buts pour lesquels les juridictions ont été instaurées. Aucune peine ne doit être prononcée, qui ne peut raisonnablement contribuer à l'objectif de rétablissement ou d'affermissement de la paix régionale.

A l'opposé, serait-on tenté de dire, la peine «nationale» vise, selon la conception encore dominante en Europe continentale, dans son prononcé à la *rétribution* d'un comportement antisocial (cf. art. 63 CP) et, dans son exécution, à la *réhabilitation individuelle* (du condamné, cf. art. 37 CP). Selon les convictions fermes du Tribunal fédéral, des motifs de prévention générale ne sont, au mieux, admis qu'à titre tout à fait secondaire et «que dans la mesure où ils n'entraînent pas une aggravation de la peine telle que la justifie la gravité de la faute»²⁷. Dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, c'est la rétribution qui est reléguée: sa prise en considération en tant que facteur unique, voire principal, serait «contre-productive»²⁸. Dans les hiérarchies auxquelles nous faisons allusion plus haut, c'est sans doute celle de l'*individuel et du collectif* qui est le plus fortement affectée, à ce jour, par cette jurisprudence. La mise en avant de la réconciliation, quant à elle, rencontre le mouvement de réhabilitation des victimes sur lequel nous reviendrons plus bas (ch. VI).

c. Outre les circonstances de la naissance des juridictions, un second facteur peut expliquer les renversements dans les hiérarchies et également indi-

²⁵ Cf. jugement *Celebici* (note 23), par. 1234. Dans le même sens, l'analyse de AMBOS/NEMITZ (note 23), ch. II. 1.

²⁶ Référence à la formule traditionnelle de KANT: «l'homme est toujours une fin et jamais un moyen».

²⁷ JT 1994 IV 70 = ATF 118 IV 342, développant l'ATF 118 IV 16. Cette jurisprudence est rituellement répétée depuis lors. Pour mesurer l'incompréhension (pour employer un euphémisme) qu'elle suscite chez de nombreux magistrats essentiellement romands, voir l'ironie ravageuse de la «Remarque» de WILLY HEIM, in: JT 1994, p. 71 ss.

quer les limites de l'influence que la politique sanctionnelle de La Haye ou d'Arusha peut exercer sur l'évolution des politiques nationales. Pour reprendre les termes criminologiques classiques, les crimes jugés par les tribunaux *ad hoc* relèvent sauf exception d'une *délinquance d'hyper-adaptation*, commise par des personnages intégrés, généralement à des échelons relativement bas²⁹, dans des forces armées plus ou moins officielles ou dans un appareil bureaucratique, s'agissant du Rwanda. Cela explique, pour reprendre les fonctions traditionnelles du droit pénal ordinaire rappelées plus haut, d'une part que la rétribution s'apparente davantage à une décantation des responsabilités collectives de l'organisme auquel l'accusé était rattaché et de sa prise de responsabilité individuelle qu'à la pure équation faute = peine de la rétribution ordinaire et, d'autre part, que l'objectif et le programme de réhabilitation ne se discutent pas dans les termes dans lesquels ils sont envisagés s'agissant de la délinquance ordinaire, de *non-adaptation*. La même réflexion vaut également bien entendu pour une partie de la délinquance économique; il existe ainsi une certaine identité criminologique entre cols blancs et cols verts.

IV. Conception «protectrice» ou «garantiste» du droit pénal

S'ils sont amenés, par nécessité, à innover dans le cadre de leur politique sanctionnelle, les tribunaux internationaux peuvent en revanche se mouler dans des conceptions plus traditionnelles s'agissant des droits de la défense. Les standards internationaux (Pacte des Nations Unies pour les droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'homme) sont – moyennant le cas échéant quelques adaptations – automatiquement applicables. *Droits de l'homme* et *droits de la défense* sont associés, comme ils le sont manifestement dans ces standards et comme l'énonce depuis plus de deux siècles la philosophie juridique occidentale³⁰. Une autre conception de la fonction des

²⁸ *Sic*, jugement *Celebici* (note 23), par. 1231.

²⁹ La situation est toutefois en train de changer sur ce dernier point. Le tournant a été l'arrestation en avril 2000 de MOMCILLO KRAJISNIK, ex-bras droit de RADOVAN KARADZIC. Au moment même où ces lignes sont écrites, BILJANA PLAVSIC, membre de la Présidence de la République serbe de Bosnie autoproclamée, s'est rendue volontairement à La Haye (10 janvier 2001). Le bref développement dans le cadre duquel s'inscrit cette note n'en est que plus pertinent.

³⁰ Cf. MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983, p. 9.

droits de l'homme tente parallèlement de se forger une place dans le «droit pénal universel» qui pourrait, selon d'importants courants de doctrine, se dessiner en toile de fond des évolutions amorcées par l'instauration de ces tribunaux et accélérées par l'adoption du Statut de Rome portant création d'une Cour pénale internationale³¹.

Selon cette nouvelle conception, les droits de l'homme *de bouclier deviendraient épée*³². La justice pénale devrait être régénérée dans et par un système de «*justiciabilité universelle*» fondée sur les droits de l'homme, dont la répression pénale des crimes «qui heurtent le genre humain en général» serait un des piliers³³. On sent bien, au-delà de ces constructions académiques, que les droits de l'homme sont au moins partiellement en train de changer de nature³⁴. Pour les héritiers des philosophes du Siècle des Lumières³⁵, le bouleversement, s'il est reçu, n'est pas léger. Et l'on perçoit bien l'enjeu de ce bouleversement pour le système pénal en général, et pour l'idée même de subsidiarité en particulier. Ce «droit le plus odieux»³⁶, pour reprendre la formule classique, devient un instrument de promotion des droits de l'homme. La promotion ne touche certes qu'un secteur limité, celui des «crimes internationaux»; mais, au-delà de la marge d'appréciation que connaît la délimitation de ces crimes quand on n'exige pas qu'ils possèdent un substrat conventionnel, l'organisation de la *coexistence entre des droits de l'homme*

³¹ Statut adopté le 17 juillet 1998, qui entrera en vigueur après la soixantième ratification (art. 126).

³² Formule reprise d'une intervention non publiée de CHRISTINE VAN DEN WIJNGAERT, lors des XV^{èmes} Journées JEAN-DABIN, *La justice pénale et l'Europe*, Louvain 1995.

³³ Tout à fait paradigmatique de ce courant nous semble un texte paru au début de l'année 2000 dans une des prestigieuses revues juridiques américaines: WILLIAM J. ACEVES, «Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law», *Harvard International Law Journal* 41, 2000, p. 129-184. Dans la conception d'ACEVES, les deux autres piliers du «système de justiciabilité universelle» sont un essor de la «civil litigation» et des restrictions à la liberté de déplacement pour les auteurs de crimes graves, *ibidem*, p. 141.

³⁴ Le mouvement qui nous intéresse ici s'inscrit bien entendu dans le contexte plus large du développement du «droit de l'homme», dont il vaut la peine de lire la critique implacable de MARCEL GAUCHET, «Quand les droits de l'homme deviennent une politique», *Le Débat*, n° 110, 2000, p. 258-288.

³⁵ Voir ce qui représente pour nous la quintessence de cet héritage des Lumières adapté au procès pénal contemporain, le maître-livre de LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*, 2^{ème} éd., Bari 1990.

³⁶ Cf. FRANÇOISE TULKENS/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 3^{ème} éd., Bruxelles 1997, p. 209.

protecteurs et des droits de l'homme fondateurs de la répression dans le même système qui conserve sa qualification pénale devrait exciter l'imagination des amateurs de prospective.

V. Pressions externes et internes

a. Une autre expression de l'internationalisation du droit pénal a des effets sur la subsidiarité: le développement de la coopération inter-étatique. Le phénomène n'est pas nouveau, et sa description est devenue classique dans la littérature spécialisée³⁷. L'octroi de l'entraide – sous la forme de l'extradition ou de ce que l'on appelle en Suisse la «petite entraide», à savoir essentiellement la transmission de documents et de valeurs – suppose en règle générale que les deux partenaires – l'Etat requérant et l'Etat requis – incriminent les faits sur lesquels porte la demande: c'est la condition dite de *double incrimination*. Dans la mesure où la *comitas gentium* veut que l'entraide soit apportée aussi largement que possible entre Etats appartenant à la même sphère politico-juridique, les Etats connaissant les incriminations les plus larges entraînent nécessairement ceux qui, entre autres parce qu'ils pratiquent plus généreusement la subsidiarité du droit pénal, ont une politique d'incrimination plus restrictive³⁸. Dans le contexte de la coopération facilitée, l'aspiration se produit toujours *vers le haut*.

³⁷ Cf. MARIALUISA CESONI/ROBERT ROTH, «L'entraide internationale, moteur de l'évolution pénale?», in: *Mélanges Lode van Otrive*, Paris 1998, p. 144 ss. Voir une discussion de cette thèse, et des autres thèmes abordés dans ce développement par MICHEL MASSÉ, «Notes brèves sur la rencontre de deux expressions: crime organisé et espace judiciaire européen», *RSC*, 2000, p. 469 ss., spécialement p. 474 ss.

³⁸ Lorsque l'enjeu est strictement bilatéral, l'alternative est de prévoir dans un texte conventionnel que l'imputation dans l'Etat requérant d'un comportement pénalement inconnu dans l'Etat requis ouvrira quand même la possibilité de se voir octroyer l'extradition, l'entraide. C'est la solution qu'avait retenue le Traité de 1973 entre les Etats-Unis et la Suisse (toujours en vigueur, RS 0.351.933.6) qui consacrait un chapitre particulier (ch. II) au «crime organisé», notion à l'époque inconnue du droit suisse et des autres droits continentaux, mais fortement ancrée dans le droit des Etats-Unis avec en particulier la célèbre législation RICO. Les Parties (en l'occurrence la Suisse) s'engageaient à «s'accorder l'entraide judiciaire dans la lutte contre le crime organisé» (art. 6 ch. 1 Traité). Ce chapitre a perdu son utilité depuis que la Suisse s'est dotée, comme les autres Etats européens, d'un large arsenal législatif visant les organisations criminelles (art. 260^{er} CP en particulier, en vigueur depuis le 1^{er} août 1994).

Le phénomène est parfaitement illustré par la dynamique instaurée par l'Union européenne dans le cadre du *troisième pilier* de la construction européenne et en particulier de son Titre VI, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale: l'art. 29 Traité UE, qui ouvre ce titre, dispose que la coopération s'opérera grâce «au rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des Etats membres»³⁹. La liste des domaines dans lesquels s'exerce ce pouvoir centripète est quelque peu incertaine; on peut penser que, là aussi, l'attraction se fera vers le haut, c'est-à-dire que des matières non spécifiquement visées par l'art. 29⁴⁰ feront également l'objet de rapprochements intensifs⁴¹ (ce qui, soit dit en passant, mettrait à mal le principe de subsidiarité dans son sens plus spécifique lié à la dynamique de la construction européenne).

b. Soumise à des pressions externes, la subsidiarité du droit pénal n'est pas ménagée sur le plan interne. Un principe, de rang constitutionnel en Italie⁴² et pendant longtemps reconnu comme classique par la plupart des pays continentaux, veut ou voulait que seules les personnes physiques puissent encourir une sanction pénale. Ce choix reposait sur des prémisses philosophiques, mais également sur une idée d'autolimitation: la poursuite et le cas échéant le jugement des individus devaient satisfaire les exigences d'une répression à la fois équitable et proportionnée.

Ce principe part en miettes depuis quelques années, y compris dans les pays comme la Suisse où il paraissait solidement établi⁴³. Les raisons de ce

³⁹ Art. 29 ch. 2 troisième tiret Traité UE.

⁴⁰ Cf. l'énumération, non exhaustive («notamment»), de l'art. 29 ch. 2 al. introductif, qui comprend «le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude». La technique législative n'étant pas le point fort de l'édifice communautaire, on retrouve une liste sensiblement plus étroite à l'art. 31 Traité UE, s'agissant des objets possibles d'«actions en commun» dans le même domaine de la coopération judiciaire.

⁴¹ On pense essentiellement à toute la délinquance économique non couverte par l'énumération de l'art. 29 (sauf à donner au mot «fraude» une interprétation encore plus extensive que son presque correspondant anglais «*frauds*»); sur ces perspectives et une contre-proposition d'adopter un système plus rationnel, inspiré du modèle des Etats-Unis, cf. le très éclairant article de DANIEL FLORE, «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *Journal des Tribunaux*, 7, Bruxelles 1999, p. 121-129.

⁴² Art. 27 ch. 1 Cst. it.: «La responsabilité pénale e personale».

⁴³ Les principaux jalons sont: l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1^{er} mars 1994, la loi belge du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales; enfin le projet d'art. 102 CPS, qui s'inscrit dans le cadre de la révision complète dont il sera

démantèlement, qui conduira à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales ou des entreprises partout en Europe (l'Italie et l'Allemagne faisant figure de derniers bastions – non négligeables! – de la résistance), sont multiples, et certaines renvoient à des phénomènes brièvement décrits ci-dessus: nécessité d'une punissabilité des organisations collectives dans le cadre de la répression des crimes internationaux, force centripète d'un système communautaire, non pénal, qui admet depuis l'origine que les entreprises, et parfois elles seules⁴⁴, puissent se voir infliger des sanctions nettement plus conséquentes que les sanctions pénales nationales visant les infractions correspondantes.

L'essentiel – et l'élément nouveau dans nos propos – tient à la fonction de garde-fou que l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales ou des entreprises a été appelée à remplir. Le débat français en particulier⁴⁵ a bien mis en évidence que cette réforme servirait à prévenir ce qui était ressenti comme deux dérapages complémentaires: d'une part, le développement de systèmes de répression qualifiés non pénaux – donc administratifs – mais présentant toutes les caractéristiques d'un système pénal, sans certaines des garanties associées à la mise en œuvre de ce dernier système; d'autre part, l'alourdissement de la charge jurisprudentielle contre le «chef d'entreprise», déclaré pénalement responsable d'infractions qui ne lui étaient imputées que par défaut d'une norme permettant de sanctionner l'entreprise elle-même. Ce sont des préoccupations du même ordre qui ont conduit et vont conduire les uns après les autres les pays européens, comme des dominos, à renoncer à un pilier de leur système pénal et à une des traductions visibles du principe de subsidiarité.

question ci-après (ch. VI a *in fine*): le projet gouvernemental fédéral (FF 1999 II 2136) a été sérieusement remanié par le Conseil des États; voir donc le dernier état du projet in: BO CE 1999 1135.

⁴⁴ Art. 81-82 (ex 85-86, avant le Traité d'Amsterdam) Traité CE et Règlement n° 17/62 du 6 février 1962 (JOCE L 204/62).

⁴⁵ Cf. à ce sujet ROBERT ROTH, «Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion», *RPS*, 115, 1997, p. 345 ss., spécialement p. 352 s.

VI. La «résurrection» des victimes

Un survol des développements récents du système pénal ne peut s'achever sans une référence à la «résurrection»⁴⁶ des victimes. Les victimes ont regagné une place dans le procès pénal, en même temps que des droits à faire valoir hors du système pénal, pour faire face aux conséquences d'une infraction⁴⁷. La première conséquence évidente de ce retour des victimes est de rendre le système et sa gestion plus complexe. On peut illustrer cet effet par une anecdote: un magistrat de l'ancienne génération instruisait le jury en lui expliquant qu'il devait toujours raisonner, au moment de prononcer un verdict de culpabilité (ou d'acquittement), *comme si* ce verdict conduisait à la peine de *mort*. Aujourd'hui, en particulier dans les affaires de violences ou de mœurs, il faudrait probablement compléter l'instruction en ajoutant qu'un *acquittement* c'est aussi parfois une condamnation à *mort* (symbolique) de la *victime*. Cela l'était déjà certes il y a dix ou vingt ans; mais il n'existait pas de dispositif juridique à l'appui d'une telle assertion.

Il ne faut toutefois pas avoir de l'effet du mouvement de restauration des victimes sur le système pénal une vision trop unilatérale: plus de place pour les victimes entraînerait plus de répression. Le tableau mérite d'être nuancé à plusieurs égards.

a. Tout d'abord, *plusieurs logiques* coexistent dans le dispositif juridique mis en place (on se concentrera ici sur le dispositif suisse, complet et qui offre une bonne synthèse des différents dispositifs des pays voisins⁴⁸). Il y a, s'agis-

⁴⁶ Excellente expression reprise de D. PETROVEC, «Resurrection of Victims», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 4, 1996, p. 381 ss. Voir également la synthèse sur le «retour des victimes», in: TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 36), p. 61 ss.

⁴⁷ Les jalons principaux de ce retour sont: la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 24 novembre 1983 (RS 0.312.5), l'article constitutionnel (à l'époque 64^{ter}, aujourd'hui 124) sur l'«aide aux victimes», enfin la loi fédérale sur l'aide aux victimes (LAVI) du 4 octobre 1991 (RS 312.5). Pour un bilan provisoire pluridisciplinaire, voir le fasc. 41 (1997), 3-4 des *Cahiers médico-sociaux*, consacré aux divers aspects de la réhabilitation, juridique et non juridique, des victimes; et le n° 33 (2000), 1 de la revue *Criminologie*, en particulier l'article de JEAN-MICHEL CHAUMONT, «Du culte des héros à la concurrence des victimes», p. 167-184.

⁴⁸ Pour une synthèse éclairante, voir PIERRETTE PONCELA, «Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner», in: Université de tous les savoirs, *L'esprit de notre temps*, Paris 2001 (à paraître).

sant seulement du volet de présence dans le procès pénal, la logique de *protection* et la logique de *réhabilitation*. La première vise à préserver la victime des atteintes qui pourraient lui être portées dans le cadre de la procédure (au sens large, comprenant la phase policière), engagée suite à l'infraction dont elle a été ou prétend avoir été la cible; il s'agit, pour reprendre la formule criminologique que l'on retrouve sous la plume du Conseil fédéral, de lutter contre la victimisation secondaire⁴⁹, en limitant les confrontations entre auteur présumé et victime, en autorisant cette dernière à ne pas répondre aux questions touchant à sa sphère privée, etc.⁵⁰. Dans ce cadre, la victime demeure *passive*; elle n'intervient pas véritablement davantage que ce n'était le cas avant sa «résurrection». L'exercice de ses droits ne doit pas conduire à plus de répression, mais à une répression, si l'on ose l'écrire, de meilleure qualité.

En revanche, la logique de réhabilitation invite la victime à agir. Le postulat du législateur, et déjà implicitement du constituant, est que l'exercice *actif* de droits, au premier rang desquels le droit de recourir contre des verdicts d'acquittements ou des décisions de non-lieu⁵¹, peut contribuer au rétablissement de la victime. Le législateur a toutefois placé une limite importante, qu'il est intéressant de mettre en relation avec la politique sanctionnelle des tribunaux internationaux *ad hoc* telle que résumée plus haut (ch. 3): la victime peut recourir uniquement contre le genre et la quotité de la sanction en cas de condamnation⁵². La victime – et ses représentants – sont ainsi amenés à participer, de manière accessoire il est vrai⁵³, à la mise en œuvre concrète du principe de subsidiarité de l'action répressive.

Ces possibilités d'intervention ne sont pas nécessairement compatibles avec la logique de la politique criminelle générale, dont le législateur au pre-

⁴⁹ FF 1990 II 912 et 920 ss.

⁵⁰ Art. 5 et 7 ch. 2 LAVI. La protection des enfants a été sensiblement renforcée par une modification de la loi adoptée récemment par le Parlement ((introduction d'une section 3^{bis}; il subsiste de légères divergences entre les deux Chambres, CN 5 octobre 2000, BO 1171-1176; CE 6 décembre 2000, BO 850-851).

⁵¹ Art. 8 ch. 1 lit. b et c LAVI.

⁵² FF 1990 II 935, confirmé par la jurisprudence constante depuis ATF 120 IV 41 consid. 2c. La victime peut en revanche attaquer la qualification pénale retenue, à supposer que ce choix fait au détriment d'une qualification plus sévère puisse avoir une influence sur le traitement de ses prétentions civiles.

⁵³ Le Tribunal fédéral étant amené à rappeler régulièrement que l'Etat dispose, par l'entremise de l'accusateur public, du *monopole* de l'action pénale, cf. SJ 1996, p. 234 et les références.

mier rang, et les autorités de poursuite sur le terrain, ont la charge. La révision générale du Code pénal suisse, actuellement en cours d'élaboration parlementaire, offre de bons exemples de ce heurt de logiques. La réforme repose sur le postulat de l'utilisation la plus restreinte possible des sanctions les plus lourdes (la peine privative de liberté en premier lieu) et, par conséquent, de l'élargissement substantiel des formes allégées de sanctions (les sanctions dites de substitution).

Dans ce programme, le sursis est l'institution clef. Dans le but d'élargir autant que possible le champ d'application de cette mesure, le Conseil fédéral faisait disparaître dans son projet la condition d'octroi du sursis selon laquelle le candidat devait «avoir réparé, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé»⁵⁴. Parfaitement cohérent en tant qu'élément constitutif de la révision, cette suppression marquait un virage vis-à-vis du constant renforcement de la position de la victime, virage que le Conseil des Etats, en tant que première Chambre appelée à se prononcer sur le projet, s'est refusé à prendre. Il a donc réintroduit la condition dans le nouvel art. 43⁵⁵.

b. Une seconde nuance doit être ajoutée, plus brièvement. La logique de réhabilitation ne conduit pas unilatéralement et inéluctablement à un renforcement de la répression pénale. La prise en considération des victimes a également été un des deux facteurs essentiels – l'autre, prédominant à notre sens, étant le besoin de *désengorger* le système de justice pénale – qui a favorisé l'essor de systèmes de *médiation*, plus ou moins développés selon les pays. La médiation est supposée permettre de mieux associer la victime à la prise en charge de conséquences de l'infraction, en-dehors du cadre, lourd symboliquement et institutionnellement, du système de justice pénale. Son champ d'action ne se limite d'ailleurs pas à l'avant-condamnation, puisque la Suisse (orientale) connaît une intéressante expérience d'intégration des victimes à la

⁵⁴ Art. 41 ch. 1 al. 1 CP *in fine*.

⁵⁵ Sous une forme moins impérative il est vrai: le sursis «*peut* également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'exiger», selon l'al. 2^{bis} de l'art. 43 P-CP adopté par le Conseil des Etats le 14 décembre 1999 (BO CE 1999 1117). Le Conseil national doit se prononcer durant le premier semestre de 2001.

prise en charge pénitentiaire des auteurs des infractions dont elles ont été la cible⁵⁶.

VII. Conclusion: le retour de l'approche «fonctionnelle»?

Il est temps de nouer la gerbe et de conclure ces quelques propos que les lecteurs, et en particulier le dédicataire de ces lignes, ne trouveront, nous l'espérons, pas trop décousus.

L'image du droit pénal, dernière ligne de défense de l'ordre juridique, formule qui illustre sans doute le mieux l'idée de subsidiarité, ne concorde à l'évidence plus avec quelques-unes des aspirations de l'époque. La répression se fond dans et se confond avec le rétablissement de la paix régionale, la réconciliation nationale, la promotion des droits de l'homme ou la reconnaissance des droits des victimes. Ce qui nous paraît en train de s'estomper en fin de compte, c'est le caractère *entièrement spécifique* du droit pénal. Faut-il s'en étonner? Les frontières entre les (autres) disciplines juridiques, qui avaient d'ailleurs souvent une signification académique davantage que pratique, se dissolvent, et de nouvelles branches revendiquent leur identité dans l'interdisciplinarité (interne au droit): droit du sport, de la médecine ou de l'aménagement du territoire et de l'environnement.

Le droit pénal devient-il dès lors une *branche non spécifique* du droit public, qui propose et doit en être considérée comme une forme parmi d'autres, une gestion «néo-moderne»⁵⁷ des conflits? La répartition des forces entre les divers moyens que possède l'Etat pour accomplir ces tâches se fonderait non sur le caractère particulièrement «odieux» de telle filière d'intervention, mais sur la fonction que l'action étatique viserait à remplir. On retrouve là paradoxalement – mais ce paradoxe n'est sans doute qu'apparent – la démarche de la sociologie du droit à ses débuts: soucieux, déjà, de dépasser les «distinc-

⁵⁶ Cf. le travail pionnier effectué dans le pénitencier de Saxerriet (SG), présenté par son ancien directeur PAUL BREZIKOFER, qui critique également la timidité du projet de révision du Code pénal à cet égard, dans son article «Der Vollzug von Freiheitsstrafen im Lichte der StGB-Revision», *RPS*, 117, 1999, p. 313 et les références données par l'auteur.

⁵⁷ Cf. CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999.

tions usitées chez les juriconsultes», Emile DURKHEIM proposait, dès son travail de doctorat, une grille d'analyse fonctionnelle des actions juridiques, prenant appui sur les «états de la conscience collective» et sur les «sortes de solidarité sociale» mises en œuvre. A chaque état et à chaque sorte correspond un type de sanction⁵⁸, ces dernières étant regroupées en deux grands groupes: sanctions de type *répressif* d'une part et sanctions de type *restitutif* de l'autre⁵⁹. La nomenclature doit être développée, pour répondre à la complexité et à l'imbrication constante des fonctions. Nous avons proposé il y a quelques années déjà une tétralogie, dans laquelle régulation et réparation viendraient s'ajouter à *répression* et *restitution*⁶⁰. Dans le prolongement du retour des victimes, il convient sans doute aujourd'hui d'ajouter au moins une cinquième catégorie qui est celle de la *restauration*⁶¹.

Une telle démarche aurait le mérite de traverser la ligne qui ne peut et ne doit pas séparer, comme nous avons essayé de l'affirmer plus haut (ch. 3 b), droit pénal national et droit pénal international. C'est à notre sens une erreur historique que d'envisager la coexistence de deux systèmes pénaux, auxquels seraient reconnus, sur la base du seul critère de l'échelle géographique, des fonctions et des modes d'organisation différents, voire divergents. Tout d'abord, la répression des crimes internationaux est un phénomène national autant que supranational. Parallèlement à la mise en place très médiatisée des juridictions internationales, ces dix dernières années ont également connu la floraison de poursuites nationales dirigées contre de supposés criminels «internationaux»⁶². L'affaire *Belgique c. Congo* résumée en tête de cette contribution

⁵⁸ Cf. la «perspective externe» sur la sanction, exposée par CHARLES-ALBERT MORAND, «La sanction», *Travaux de théorie du droit et de sociologie juridique* n° 36, Genève 1990, p. 16 ss.

⁵⁹ EMILE DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), 10^{ème} éd., Paris 1978, p. 32 et 73 ss.

⁶⁰ ROBERT ROTH, «Les sanctions administratives: un nouveau droit (pénal) sanctionneur» in: GAUTHIER (éd.), *Le rôle sanctionneur du droit pénal*, Fribourg 1985, p. 152-153. Cf. les travaux de cette époque de PIERRE LASCOUMES, par exemple, *Fraude fiscale et/ou délit pénal*, Paris 1981, et son article «Le droit comme science sociale. La place de E. DURKHEIM dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux siècles (1870-1914)», in: CHAZEL/COMMAILLE (éds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991, p. 39-49. Pour un bilan de l'héritage de DURKHEIM, voir EVELYNE SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris 2000, p. 36-42.

⁶¹ Cf. TONY PETERS/IVO AERTSEN, «Approche restaurative des crimes et des délits en Belgique», *Archives de politique criminelle* n° 21, 1999, p. 161 ss.; TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 36), p. 67-68.

⁶² Cf. pour une analyse de ces procédures nationales, HENZELIN (note 4), p. 404 ss.

en donne une forte illustration. En second lieu, comme nous avons essayé d'en ébaucher la démonstration, les convergences sont réelles entre des phénomènes tels que la reconnaissance des victimes et la volonté de les intégrer dans le processus pénal, quelle qu'en soit l'échelle – de la plus locale à la prise en charge par la communauté internationale des «crimes universels».

Dès lors, l'éclatement du droit pénal sera celui de ses fonctions et non de son échelle. Et la subsidiarité sera quant à elle cantonnée dans ses deux fonctions largement reconnues: organiser les rapports entre action publique et action privée d'une part; entre entités nationales et entités supranationales disposant de compétences sur le même objet d'autre part.

DE L'OPPORTUNITÉ DE L'OPPORTUNITÉ

THIERRY TANQUEREL

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Dans sa contribution au *Vocabulaire fondamental du droit*¹, CHARLES-ALBERT MORAND conclut sans états d'âme son étude de la sanction: le terme est ambigu, inutile et nocif; il pourrait disparaître sans difficulté du vocabulaire juridique.

La question abordée dans les lignes qui suivent est de savoir s'il ne faudrait pas prononcer le même verdict à l'encontre de la notion d'opportunité, telle qu'elle est consacrée en droit administratif suisse. La démarche peut paraître présomptueuse: l'opposition entre questions de droit et questions d'opportunité est ancrée dans la législation fédérale et cantonale² et elle a fait en doctrine l'objet de raisonnements aussi variés que subtils, à vrai dire plutôt indirectement, à travers l'étude de la liberté d'appréciation (*Ermessen*), que par l'évocation expresse du terme d'opportunité³. On prendra néanmoins le

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «La sanction», in: *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de Philosophie du Droit*, tome 35, Paris 1990, p. 293-312.

² Voir, par exemple, les art. 49 let. a et c PA, 104 let. a et c OJ, ainsi que l'art. 61 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE – RS/GE E 5 10).

³ Voir notamment, pour la doctrine suisse relativement récente, FRANCESCO D. A. BERTOSSA, *Der Beurteilungsspielraum*, Berne 1984; GEROLD STEINMANN, *Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtsetzung*, Berne 1982, p. 53-61; RENÉ A. RHINOW, «Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken», *Recht* (1983), p. 41-53 et p. 83-94; *Rechtsetzung und Methodik*, Bâle 1979, p. 58-71; KLAUS A. VALLENDER, «Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen», in: AUBERT/BOIS (éd.), *Mélanges ANDRÉ GRISEL*, Neuchâtel 1983, p. 819-841; PHILIP GRANT, *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Bâle 2000, p. 62-79; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. 1 «Les fondements généraux», 2^{ème} éd., Berne 1994, p. 371-386; ULRICH HÄFELIN/Georg MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3^{ème} éd., Zurich 1998, p. 85-94, n^{os} 344-388; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Bâle 1991, p. 33-38, n^{os} 151-180; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL

risque, après avoir examiné les contours et les usages de la notion d'opportunité en droit positif suisse, de se demander si elle remplit, aujourd'hui, des fonctions utiles et pertinentes et s'il ne serait pas, en définitive, opportun de s'en passer.

II. Qu'est-ce que l'opportunité?

A. La notion commune

L'opportunité est, dans le langage courant, le caractère de ce qui est opportun et est opportun ce qui vient à propos ou ce qui convient dans un cas déterminé⁴. Le terme peut donc, dans la première acception, concerner un accident du hasard. Dans la seconde, il a un sens plus normatif. La traduction allemande utilisée en droit suisse, *Angemessenheit*⁵, renvoie à cette seconde acception, car elle correspond également, en français, à ce qui est approprié. L'opportunité est aussi présentée comme l'équivalent du terme allemand de *Zweckmässigkeit*⁶, ce qui introduit un élément dynamique dans la notion: c'est en fonction d'un but que l'opportunité d'une mesure ou d'un comportement sera appréciée.

Ainsi, la notion commune d'opportunité peut-elle prendre plusieurs significations assez différentes: un heureux hasard, la conformité aux convenances ou l'adéquation à des objectifs déterminés.

S'agissant de l'action de l'Etat, le terme d'opportunité est le plus souvent utilisé dans ce dernier sens. Lorsque l'on évalue l'opportunité d'une mesure émanant d'une autorité étatique, ce que l'on examine c'est si cette mesure contribue à la réalisation des objectifs politiques de son auteur et si

HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I «L'Etat», Berne 2000, p. 622-625, n^{os} 1762-1768; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/REGINA KIENER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2000, p. 139-147; CLAUDIA SCHOCH, *Methoden und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung*, Zurich 1984, p. 11-14 et p. 28-42; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 328-337; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 145-15; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes*, 2^{ème} éd., Zurich 1998, p. 225-227, n^{os} 633-636, et p. 340-341, n^{os} 959-962.

⁴ LE NOUVEAU PETIT ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, Paris 1993.

⁵ Ainsi aux l'art. 49 let. c PA et 104 let. c OJ.

⁶ PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, *Petit Lexique juridique*, 5^{ème} éd., Bâle 2000, p. 123.

elle est acceptable par les milieux concernés. En d'autres termes, on se demande s'il s'agit d'une bonne mesure, d'une mesure intelligente. Autre est la question de savoir si des obstacles juridiques s'y opposent.

Dans son sens commun, l'opportunité de l'action étatique relève donc du jugement politique et non de l'appréciation juridique.

B. La notion en droit administratif positif suisse

La notion d'opportunité est consacrée en droit administratif suisse par les lois de procédure.

Ainsi, l'art. 104 OJ, après avoir indiqué que le recours de droit administratif peut être formé «pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation» (let. a) et «pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents» (let. b), mentionne trois cas dans lesquels le recours est également ouvert pour «inopportunité». Dès lors, *a contrario*, en dehors de ces trois cas, le recours n'est pas ouvert sur les questions d'opportunité ou, en d'autres termes, le Tribunal fédéral n'est pas autorisé à contrôler l'opportunité de la décision attaquée⁷.

On peut donc déduire de la confrontation des let. a et c OJ que l'opportunité est une caractéristique d'une décision se situant au-delà de sa légalité et qui échappe en principe au contrôle judiciaire prévu par le recours de droit administratif.

A l'art. 49 PA, on retrouve l'opposition entre violation du droit, évoquée à la let. a, et inopportunité, mentionnée à la let. c. Même si la conséquence juridique n'est pas la même que pour l'art. 104 OJ, il reste que la PA considère que l'inopportunité n'est pas une violation du droit puisqu'elle en fait deux griefs distincts.

Des règles analogues existent en droit cantonal. A Genève, l'art. 61 LPA/GE prévoit que le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (al. 1 let. a), mais précise que les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportu-

⁷ ATF 116 Ib 353, 356.

nalité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2), alors que le contraire prévaut pour les recours de type hiérarchique (al. 3).

La notion d'opportunité apparaît ainsi, telle qu'elle est utilisée par le législateur, comme liée à un champ de possibilités ouvert à l'administration sans être, normalement, soumis à un contrôle judiciaire de conformité au droit.

L'administration étant d'une manière générale soumise au principe de la légalité, le champ de possibilités gouverné par le principe d'opportunité ne peut exister que par une ouverture de la norme légale. Traditionnellement, deux méthodes d'ouverture sont évoquées: la liberté (ou «pouvoir») d'appréciation (*Ermessen*) que la loi peut accorder à l'autorité compétente et la latitude de jugement (*Beurteilungsspielraum*) dont l'autorité peut jouir en raison de l'emploi de notions juridiques indéterminées⁸.

La doctrine dominante considère que l'administration dispose d'une liberté d'appréciation lorsque la loi permet à l'autorité, dans des circonstances données, de prendre ou non une mesure ou de choisir entre plusieurs solutions⁹. C'est par voie d'interprétation que l'existence d'une liberté d'appréciation pourra être déduite des termes employés par le législateur, comme «décide librement», «peut», «si possible», ou encore l'énumération de solutions alternatives¹⁰.

L'administration dispose en revanche d'une latitude de jugement¹¹ dans l'interprétation et l'application de notions juridiques indéterminées, latitude dont l'usage n'est, dans certaines circonstances, notamment en présence de questions techniques ou locales que l'autorité de décision est mieux à même d'apprécier, contrôlé qu'avec retenue par les juridictions administratives¹².

⁸ RHINOW (note 3), 1983, p. 48 relève que cette distinction n'a pas toujours prévalu en doctrine et en jurisprudence suisses.

⁹ Sur les formes de la liberté d'appréciation (choix d'agir ou non, choix entre plusieurs solutions, individualisation d'une mesure), voir HÄFELIN/MÜLLER (note 3), n^{os} 348-351; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (note 3), p. 141-142; MOOR (note 3), p. 375; voir aussi ATF 125 II 293, p. 308-309.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER (note 3), n^o 355; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (note 3), p. 140; MOOR (note 3), p. 375; GYGI (note 3), p. 149-150.

¹¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 3), n^o 1767.

¹² ATF 119 Ib 254, 265; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (note 3), p. 145 ss; BERTOSSA (note 3), p. 83 ss; SCHOCH (note 3), p. 122 ss.

Même si la différence entre ces deux méthodes d'ouverture des normes a été parfois niée¹³, ou du moins relativisée¹⁴, par la doctrine, elle correspond certainement au droit positif tel qu'il découle des dispositions de procédure évoquées plus haut¹⁵. Dans ce contexte, il est clair que la notion d'opportunité se rapporte uniquement à la marge de manœuvre ouverte par la liberté d'appréciation et non à celle qui résulterait de la latitude de jugement de l'administration.

L'opportunité au sens qui lui est donné en droit administratif positif suisse est donc une notion sensiblement plus étroite que dans son acception commune. On peut déduire des dispositions des lois de procédure qui la mentionnent qu'elle qualifie la nature du choix opéré par l'administration dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Elle se rapporte certes à l'adéquation d'une solution en vue de la réalisation d'un but (*Zweckmäßigkeit*), mais elle ne couvre pas la totalité de la perspective téléologique de l'application d'une norme. En effet, la nécessité de prévoir des moyens appropriés pour atteindre les objectifs de la loi est en général déjà largement incluse dans le texte légal. Le législateur s'efforce de prévoir dans ce texte les solutions les plus opportunes. Il en a même l'obligation constitutionnelle en vertu des principes de l'intérêt public et de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. féd.). Par ailleurs, l'exercice de la liberté d'appréciation est juridiquement encadré par les principes constitutionnels régissant le droit administratif, appliqués notamment à la lumière des objectifs et principes posés par la loi spéciale applicable. L'opportunité en droit positif est donc une notion résiduelle : elle n'intervient qu'au-delà de l'application des règles légales et constitutionnelles¹⁶.

L'opportunité ne qualifie d'ailleurs pas tout choix de l'administration opéré librement, de fait ou de droit, puisqu'elle ne concerne pas le champ de possibilités ouvert par une éventuelle latitude de jugement de l'autorité compétente. En effet, l'exercice de cette latitude est considéré comme une question juridique¹⁷, alors que, pour reprendre une définition donnée par le Tribu-

¹³ RHINOW (note 3), 1983, spéc. p. 48 ss; RHINOW (note 3), 1979, p. 62 ss; VALLENDER (note 3), p. 840.

¹⁴ STEINMANN (note 3), p. 57 ss; MOOR (note 3), p. 373-374; voir aussi BLAISE KNAPP, «L'abus de pouvoir en droit public», *ZBl*, (1977), p. 289-311, p. 291-292.

¹⁵ MOOR (note 3), p. 374; KÖLZ/HÄNER (note 3), n° 636.

¹⁶ Notamment la proportionnalité, ATF 126 II 425, 437-438.

¹⁷ KÖLZ/HÄNER (note 3), n° 636.

nal fédéral, l'opportunité se rapporte à la solution adaptée aux circonstances choisies dans un espace de liberté non réglementé par le droit¹⁸. En ce sens, l'opportunité caractérise l'administration dite libre par opposition à l'administration liée¹⁹.

Ainsi définie par la loi et la pratique, la notion d'opportunité nous semble se voir assigner une triple fonction: dénoter la distinction entre choix déterminés par le droit et choix – résiduels – gouvernés par la seule adéquation aux objectifs poursuivis par l'autorité ; tirer les conséquences de cette première distinction en soustrayant, dans la règle, les choix en opportunité au contrôle du juge ; enfin, caractériser le champ où s'exerce une réelle liberté d'appréciation de l'autorité, par opposition à celui dans lequel l'administration ne dispose que d'une latitude de jugement soumise au droit et au contrôle du juge.

III. Opportunité et contrôle judiciaire de l'administration

A. *La nécessaire marge de manœuvre de l'administration*

Les rapports entre le législateur, l'administration et le pouvoir judiciaire ont été marqués ces dernières années par deux évolutions significatives, qui ne sont pas sans lien entre elles: d'une part, l'ouverture de plus en plus grande des normes légales et, d'autre part, l'extension de la juridiction administrative.

MORAND a bien montré le caractère flexible, voire flou, du droit «néo-moderne» qui régit aujourd'hui la mise en œuvre des politiques publiques²⁰. La diminution de la densité normative et l'augmentation corrélative de l'autonomie de l'administration ne sont guère contestables²¹. L'application du droit équivaut de plus en plus à la mise en œuvre de principes, mis au service de

¹⁸ ATF 118 Ib 317, 324.

¹⁹ KNAPP (note 3), 1991, n^{os} 151 ss, spéc. n^{os} 177 et 179; sur le caractère dépassé de la notion d'administration libre et d'administration liée, RHINOW (note 3), 1983, p. 48 ss.

²⁰ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 197 ss.

²¹ PIERRE MOOR, «Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques», in: ZEN-RUFFINEN/AUER (éd.), *De la Constitution. Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT*, Bâle 1996, p. 635 ss.

programmes finalisés, qui ne répondent pas à la même logique que les règles fixes²². Le syllogisme juridique, typique de l'application des normes conditionnelles, qui marque fortement la discussion de la marge d'appréciation de l'administration²³, cède le terrain à des mécanismes de pesée des intérêts complexes²⁴ qui sont d'une nature fondamentalement différente²⁵.

Dans le même temps, le champ du contrôle judiciaire de l'administration s'est considérablement élargi, pour des raisons à la fois juridiques et politiques.

Sur le plan juridique, la jurisprudence relative à l'art. 6 al. 1 CEDH, qui a considéré comme relevant de cette disposition de nombreux domaines traditionnellement inclus, en Suisse, dans le droit administratif²⁶, a conduit les cantons à ouvrir plus largement l'accès à un Tribunal indépendant et impartial aux personnes s'estimant touchées par une décision administrative. La juridiction administrative cantonale s'est également étendue en raison des exigences de l'art. 98a OJ, qui a imposé aux cantons d'instituer des autorités judiciaires statuant en dernière instance cantonale, dans la mesure où leurs décisions peuvent directement faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral²⁷. Quant à la juridiction administrative fédérale, elle a été renforcée par la création de nouvelles commissions de recours indépendantes²⁸, par l'interprétation restrictive de certaines clauses d'exception au recours de droit administratif²⁹, ainsi que par l'extension même du champ du droit public fédéral, qui a multiplié le nombre des décisions au sens de l'art. 5

²² MORAND (note 20), 1999, p. 189 ss.

²³ Voir, par exemple, VALLENDER (note 3), p. 826 ss.

²⁴ Voir CHARLES-ALBERT MORAND (éd.), *La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle 1996.

²⁵ MORAND (note 20), p. 84, qui parle d'un «mode de raisonnement qui est aux antipodes de la pensée juridique moderne».

²⁶ KÖLZ/HÄNER (note 3), n^{os} 32 ss.

²⁷ Sur cette double motivation de l'évolution de la juridiction administrative cantonale, voir, pour le canton de Genève, THIERRY TANQUEREL, «Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise», *RDAF*, (2000), p. 476-477; pour le canton de Zurich, KÖLZ/HÄNER (note 3), n^o 178; en général, TOBIAS JAAG, «Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel», *ZBl*, (1998), p. 501 ss.

²⁸ Voir la révision de l'OJ du 4 octobre 1991, RO 1992 288, FF 1991 II 461; cf. KÖLZ/HÄNER (note 3), n^o 171.

²⁹ Voir, par exemple, en ce qui concerne l'art. 99 let. c OJ, ATF 123 II 88, 92, et la jurisprudence citée.

PA, susceptibles de recours de droit administratif en vertu de l'art. 97 OJ³⁰. L'art. 29a Cst. féd., qui élargit la garantie d'accès au juge à toute cause, quelle qu'en soit la nature, sous réserve de cas exceptionnels, devrait, lorsqu'il entrera en vigueur³¹, contribuer à réduire encore le nombre des décisions administratives soustraites au contrôle d'un juge.

Cette évolution juridique s'est produite dans un climat politique dans lequel les réticences des Exécutifs à l'égard de la fonction de contrôle de l'administration et du gouvernement assumée par les tribunaux administratifs ont largement disparu³². Au contraire, l'élargissement du contrôle judiciaire de l'administration, présenté souvent comme la « protection juridique » (*Rechtsschutz*) du citoyen, a été considéré comme une mesure de compensation à la perte de sécurité juridique résultant de la diminution de la densité normative du droit³³.

Il faut cependant bien se rendre compte que le double phénomène qui vient d'être brièvement décrit est susceptible de conférer aux juges un pouvoir considérable, pouvoir dont la légitimité n'est, au-delà d'un certain point, plus du tout certaine. D'une part, il est douteux que le législateur, lorsqu'il a renoncé à régler ou n'a pas pu régler en détail certaines situations, notamment dans le contexte de programmes finalisés, ait toujours eu en tête de confier cette tâche, en dernier ressort, aux tribunaux. D'autre part, si la justification du contrôle judiciaire par la « protection juridique » des administrés est pleinement à sa place lorsqu'est en jeu une restriction des droits fondamentaux, il n'en est pas forcément de même lorsque la mesure à contrôler est déterminée par la pesée de divers intérêts publics. Certes, la place du juge dans l'Etat propulsif ou incitateur mérite d'être repensée: il doit bien sûr rester le gardien des libertés, mais il est possible de lui conférer en outre un rôle plus actif dans la mise en œuvre des objectifs de la loi³⁴. L'intervention judiciaire doit cependant respecter le principe de la séparation des pouvoirs:

³⁰ Ce qui a d'ailleurs eu pour effet, par le biais de l'art. 98a OJ, de développer également la juridiction administrative cantonale, voir TANQUEREL (note 27), p. 477.

³¹ L'art. III de l'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999, qui comporte notamment le nouvel art. 29a Cst. féd., prévoit curieusement, en violation de l'art. 195 Cst. féd., que l'Assemblée fédérale fixe son entrée en vigueur.

³² TANQUEREL (note 27), p. 475.

³³ MORAND (note 20), p. 104.

³⁴ THIERRY TANQUEREL, *Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis*, Bâle 1996, p. 223 ss.

il n'appartient pas au juge de définir la politique de l'Etat à la place des organes démocratiquement élus. Que la répartition de la compétence de définir des choix politiques se soit modifiée au cours des dernières années en faveur de l'Exécutif et de l'administration ne saurait signifier que le pouvoir judiciaire possède désormais la légitimation pour intervenir sur ce terrain. Le juge doit donc respecter la responsabilité de nature politico-administrative qui incombe à l'autorité chargée de l'application de la loi³⁵.

Une telle responsabilité peut être déléguée à l'administration non seulement lorsqu'une liberté d'appréciation, au sens strict du terme, lui est octroyée par le législateur, mais également dans de nombreux cas où le législateur utilise la technique des notions juridiques indéterminées. Dans les premiers comme dans les seconds, le juge doit respecter les limites de son contrôle, observer donc «une certaine retenue». Cette retenue est sans doute politiquement nécessaire, afin d'éviter que ne reprenne vigueur la crainte d'un «gouvernement des juges», mais elle est aussi constitutionnellement obligatoire. En effet, la marge de manœuvre que le juge doit reconnaître à l'administration découle de l'interprétation de la loi, quelle que soit la technique législative utilisée³⁶ et, plus largement, du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Elle est par conséquent juridiquement garantie. Nous ne pouvons suivre sur ce point l'avis d'une partie de la doctrine qui, hors du champ de la liberté d'appréciation au sens étroit, ne la fait découler que d'une limitation factuelle des connaissances du juge³⁷, ou encore d'une retenue volontaire³⁸. Il ne nous paraît pas que le pouvoir d'examen du juge puisse, sans violer le principe d'égalité de traitement, dépendre du bon vouloir de celui-ci ou de ses connaissances personnelles du cas d'espèce, éléments qui seraient susceptibles de varier de cas en cas, quant à la marge de manœuvre qu'il souhaite laisser à l'administration, quant aux efforts qu'il entend consentir pour élucider lui-même certains points du dossier ou quant aux hasards de la vie qui lui permettraient de posséder des connaissances particulières sur le dossier de la cause. C'est, à notre avis, en fonction du but et du sens de la loi, ainsi que des circonstances objectives de l'espèce, et non en fonction des

³⁵ MOOR (note 3), p. 385.

³⁶ RHINOW (note 3), 1983, p. 88 ss; SCHOCH (note 3), p. 43; *contra* BERTOSSA (note 3), p. 79.

³⁷ BERTOSSA (note 3), p. 84 ss; voir aussi GYGI (note 3), p. 155, qui souligne qu'à l'impossible nul n'est tenu.

³⁸ GYGI (note 3), p. 155.

caractéristiques personnelles ou de l'humeur du juge, qu'une éventuelle latitude de jugement doit être reconnue. Celle-ci ne peut donc représenter qu'une limitation juridique et non factuelle du pouvoir d'examen du juge.

Reste à examiner, dans ce contexte, si la notion d'opportunité constitue un instrument utile pour définir la marge de manœuvre qui est consentie à l'administration.

B. L'opportunité comme motif d'exclusion totale du contrôle judiciaire

Lorsqu'il s'agit de déterminer dans la loi les décisions qui doivent échapper à la juridiction administrative, l'un des critères généralement avancés est celui des décisions pour lesquelles l'administration dispose d'une large liberté d'appréciation et qui sont donc «prises en opportunité»³⁹. Ainsi, sont notamment exclues du champ du recours de droit administratif les décisions sur l'octroi ou le refus de concessions⁴⁰, de subventions, crédits, garanties, indemnités et autres prestations pécuniaires de droit public auxquelles la législation fédérale ne confère pas un droit (art. 99 let. d et h OJ), de même que les décisions sur l'octroi d'un sursis ou la remise de contributions dues (art. 99 let. g).

Il faut d'emblée remarquer que l'existence même d'une liberté d'appréciation, donc de questions d'opportunité au sens défini plus haut, ne conduit pas systématiquement à exclure le contrôle judiciaire. De nombreuses décisions reposant sur des considérations d'opportunité sont soumises, dans la règle, à un contrôle judiciaire: autorisations dérogatoires, sanctions administratives, plans d'affectation. Le critère de l'opportunité ne semble donc justifier l'exclusion du recours que lorsque celle-ci apparaît prépondérante dans le fondement de la décision.

³⁹ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II «Les actes administratifs et leur contrôle», Berne 1991, p. 388; sur l'utilisation du critère de l'opportunité dans le cas de la réforme de la juridiction administrative genevoise, voir *Mémorial des séances du Grand Conseil du canton de Genève* (1997), pp. 9436, 9446, 945; TANQUEREL (note 27), p. 489 ss.

⁴⁰ Sous réserve des concessions pour l'utilisation des forces hydrauliques et pour les aérodromes (art. 99 al. 2 let. a et c OJ).

Même dans ce cas, son application peut conduire à des résultats absurdes. On vient de voir que le recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est ouvert contre le refus, mais aussi contre l'octroi, de concessions ou de subventions, que si la loi confère au bénéficiaire de celles-ci un droit à les obtenir. Or, l'octroi d'une concession ou d'une subvention est susceptible de violer des dispositions précises de la législation, par exemple environnementale. Les individus ou organisations ayant la qualité pour agir pourront donc saisir le Tribunal fédéral en vue de faire corriger ces violations si le bénéficiaire pouvait prétendre à un droit à la concession ou à la subvention litigieuse⁴¹. Le contrôle judiciaire, sera exclu dans le cas contraire (hors les cas visés à l'art. 99 al. 2 OJ)⁴², alors qu'il porterait clairement sur des questions de droit⁴³.

Plus fondamentalement, l'exclusion du contrôle judiciaire en cas de décisions prises essentiellement en opportunité a été critiqué au motif que même ces décisions pouvaient être contraires au droit, pour violation des principes constitutionnels, notamment l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, ou encore en raison de vices de procédure⁴⁴. Cet argument est indiscutablement fondé. On peut cependant se demander s'il doit en résulter l'instauration d'un contrôle judiciaire universel de la légalité.

Il faut bien être conscient que, pour des décisions traditionnellement soustraites à un tel contrôle, son introduction modifierait le contexte normatif dans lequel elles sont prises. Une partie des règles complémentaires dont l'élaboration revient à l'applicateur d'une norme légale ouverte⁴⁵ serait inévitablement établie par les tribunaux et non plus par les autorités politiques. La perception des décisions en cause, vues aujourd'hui comme «régaliennes»⁴⁶ ou «discrétionnaires», sinon leur nature, en serait modifiée et le risque d'une ingérence du pouvoir judiciaire dans le domaine réservé aux autorités politiques démocratiques serait accru⁴⁷.

⁴¹ ATF 116 Ib 309, 312.

⁴² ATF 116 Ib 418, 425.

⁴³ Sur la solution genevoise, TANQUEREL (note 27), p. 489.

⁴⁴ KÖLZ/HÄNER (note 3), n° 861; JAAG (note 27), p. 514.

⁴⁵ RHINOW (note 3), 1983, p. 90; VALLENDER (note 3), p. 832.

⁴⁶ Voir Mémorial des séances du Grand Conseil du canton de Genève (1997), p. 9436.

⁴⁷ TANQUEREL (note 27), p. 490.

Le critère pour déterminer si un contrôle judiciaire s'impose ne nous semble donc pas devoir être le degré d'ouverture de la norme ou, autrement dit, la «proportion d'opportunité» dans la prise de la décision, au sens des exemples mentionnés plus haut, ni l'existence de règles de droit le cas échéant applicables, ce qui conduirait à supprimer toute exception à ce contrôle. Il réside plutôt, à notre sens, dans une approche pragmatique combinant la pertinence prépondérante des droits fondamentaux des individus, l'existence de principes dont la défense a été, notamment, confiée à des organes autres que l'autorité décisionnaire (associations privées, autorité indépendante, autres collectivités, voire particuliers) et le risque concret d'abus de la part de l'instance de décision.

Dans cette perspective, les décisions de naturalisation, qui ne sont plus, aujourd'hui, considérées comme des privilèges octroyés à la pure discrétion de l'organe compétent, devraient toujours pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁴⁸. Dans ce cas, la dignité des personnes concernées est en jeu et l'actualité récente a montré que les risques d'abus étaient réels. Il s'ensuit d'ailleurs que la procédure de première instance en la matière doit également être adaptée, en excluant les méthodes, comme le vote populaire, qui ne permettent pas la prise en compte des principes constitutionnels relevant⁴⁹.

En revanche, l'octroi ou le refus de subventions dans le but d'encourager des activités d'intérêt public, en matière sportive ou culturelle par exemple, devrait pouvoir rester entièrement dans la sphère politique lorsque de telles décisions ne mettent pas directement en cause l'application de règles légales pouvant être invoquées par des tiers⁵⁰.

A vrai dire, cette approche n'aurait sans doute pour effet que de moduler dans le temps l'extension généralisée du contrôle judiciaire, qui deviendra inéluctable avec le développement des législations « transversales », susceptibles d'affecter un champ indéterminé de décisions en offrant à d'éventuels

⁴⁸ Le Conseil fédéral a dévoilé, le 31 janvier 2001, des propositions dans ce sens.

⁴⁹ ANDREAS AUER / NICOLAS VON ARX, «Direkte Demokratie ohne Grenzen? Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Einbürgerungsbeschlüssen durch das Volk», *AJP/PJA* 8, (2000), p. 923 ss.

⁵⁰ Voir *supra* le texte accompagnant les notes 41 à 43.

recourants des griefs justiciables⁵¹, et l'entrée en vigueur de l'art. 29a Cst. féd. Cette évolution attendue rend évidemment d'autant plus importante la question des limites du contrôle judiciaire évoquée plus haut.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que la pertinence de l'opportunité comme critère de l'existence d'un contrôle juridictionnel des décisions est aujourd'hui discutable et est destinée à disparaître complètement à moyen terme.

C. L'opportunité comme mesure du contrôle judiciaire

Du point de vue du législateur, l'opportunité est un critère de détermination du pouvoir d'examen du juge, avant tout en vue de limiter ce pouvoir (art. 104 let. a et *c a contrario* OJ; art. 61 al. 2 LPA/GE). Cette utilisation de la notion d'opportunité peut paraître évidente et découler naturellement sa définition en droit positif suisse, telle qu'elle a été évoquée plus haut. En réalité, le raisonnement circulaire menace. Le contrôle du juge est-il exclu parce que le choix relève de l'opportunité ou la question à résoudre relève-t-elle de l'opportunité parce qu'elle échappe au contrôle du juge?⁵²

La lettre des dispositions légales semble pointer vers la première solution. Mais il faut pour cela que la notion d'opportunité existe indépendamment de la question du contrôle judiciaire. On ne voit alors pas d'autre solution que de revenir à la notion commune d'opportunité, comme adéquation à un but politique. Or, cette question est inévitablement déjà prise en compte par la loi et, là où la loi ne dit rien, par les principes constitutionnels, notamment celui de l'intérêt public⁵³. Ce qui échappe au contrôle du juge, ce n'est donc pas toute l'opportunité au sens commun du terme, mais une opportunité résiduelle, qui n'existe juridiquement que dans la marge de manœuvre que

⁵¹ Constituent, par exemple, de telles législations transversales la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE – Rs 814.01) et la plupart de ses ordonnances d'application, de même que la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg – RS 151.1).

⁵² Ainsi, pour HÄFELIN/MÜLLER (note 3), n° 368, le critère de distinction entre liberté d'appréciation et notion juridique indéterminée est celui de la nécessité d'un contrôle judiciaire, qui est absente dans le premier cas. Mais ces auteurs admettent (n° 369) qu'un tel contrôle peut être également exclu dans le second cas.

⁵³ RHINOW (note 3), 1983, p. 90.

laissent subsister la loi et les principes constitutionnels⁵⁴. C'est donc en réalité le deuxième terme de l'alternative qui est vrai: l'opportunité ne préexiste pas, elle ne fait que qualifier le choix qui est laissé à l'autorité après que le juge a épuisé son pouvoir d'examen.

Il faut être conscient, à cet égard, qu'au travers des notions, elles aussi indéterminées, de proportionnalité et d'intérêt public, le juge dispose des moyens d'effectuer un contrôle très serré des décisions qui lui sont soumises, réduisant considérablement le champ de l'opportunité (*Ermessens-schrumpfung*)⁵⁵, tel qui pourrait apparaître à la simple lecture de la loi⁵⁶. La protection de la marge de manœuvre de l'administration par l'interdiction du contrôle de l'opportunité est dès lors toute relative.

Par ailleurs, lorsque le juge concède à l'autorité décisionnaire une latitude de jugement dans l'application de notions juridiques indéterminées, il limite bel et bien son pouvoir d'examen, donc le contrôle judiciaire de la décision en cause. Que cette limitation soit qualifiée de «retenue» et que certains la considèrent comme imposée en fait et non en droit n'y change rien. Il y a là une méthode de sauvegarde d'une marge de manœuvre de l'administration dans laquelle l'opportunité, au sens juridique généralement admis, n'a rien à voir.

Le critère de l'opportunité peut aussi être invoqué pour forcer un contrôle judiciaire qui n'aurait normalement pas lieu d'être. Tel est le cas lorsque la loi prévoit expressément qu'un tribunal peut contrôler l'opportunité de certaines décisions (par exemple art. 104 let. c et 132 let. a OJ) ou lorsqu'une obligation de contrôle libre relative à une voie de recours de nature non précisée doit s'appliquer à un tribunal en raison de l'organisation du contentieux en la matière⁵⁷.

⁵⁴ Voir *supra* le texte accompagnant la note 16.

⁵⁵ RHINOW (note 3), 1979, p. 61; STEINMANN (note 3), p. 58-59.

⁵⁶ RHINOW (note 3) 1983, p. 92.

⁵⁷ C'est le cas de l'art. 33 al. 3 let. b de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (LAT – RS 700), qui exige que, s'agissant des décisions et plans d'affectation fondés sur ladite loi, une autorité de recours au moins ait un libre pouvoir d'examen, par quoi il faut entendre un examen s'étendant à l'opportunité (ATF 119 Ia 321, 327).

Prise à la lettre, l'obligation pour un tribunal de contrôler l'opportunité est très curieuse. Elle revient en effet à permettre et même à ordonner au juge de substituer purement et simplement sa propre appréciation à celle de l'autorité compétente en premier lieu, quand bien même celle-ci aurait entièrement respecté non seulement la loi, mais encore l'ensemble des principes constitutionnels. La politique d'application de la loi est ainsi confiée en dernier ressort au tribunal. Or, pour ne prendre qu'un exemple, même en matière de rapports de service de droit public, on ne voit pas pourquoi la politique de gestion du personnel, fût-ce sous le seul angle des sanctions disciplinaires (art. 104 let. c ch. 2 OJ) devrait être de la compétence des tribunaux. L'objectif de créer au moins une voie de recours sur les questions d'opportunité ne justifie pas, à notre sens, cette entorse à la séparation des pouvoirs.

Cela étant, la portée de l'obligation de contrôler l'opportunité est, en pratique, réduite par plusieurs facteurs. Premièrement, parmi les décisions pour lesquelles le contrôle de l'opportunité est prévu, toutes ne sont pas prises par des autorités disposant d'une liberté d'appréciation. Deuxièmement, les tribunaux font en général preuve de retenue dans l'examen des questions d'opportunité, refusant de substituer leur appréciation à celle de l'autorité intimée sans raison sérieuse⁵⁸ ou reconnaissant à celle-ci une certaine latitude de jugement⁵⁹. On peut voir dans cette attitude une réticence justifiée des juges à assumer pleinement un rôle politique. Elle a en tout cas pour effet de réduire à très peu de chose la différence entre un contrôle de l'opportunité effectué avec retenue et un contrôle en droit faisant largement appel aux principes d'égalité de traitement et de proportionnalité.

En définitive, la notion d'opportunité n'apparaît nullement comme le critère déterminant des limites du pouvoir d'examen du juge administratif. Non seulement elle ne constitue pas la seule référence permettant de préserver une liberté d'action pour l'administration, mais sa portée, lorsqu'elle est utilisée pour limiter ou au contraire pour étendre le pouvoir d'examen du juge, doit être fortement relativisée.

⁵⁸ En matière d'assurance sociales, ATF 123 V 150, 152.

⁵⁹ En matière de plans d'affectation, ATF 115 Ia 5, 8. A noter que cet arrêt parle de *Beurteilungspielraum*, mais que, dans l'ATF 119 Ia 321, 327, la retenue de l'autorité de recours au sens de l'art. 33 al. 3 let. b LAT est évoquée en rapport avec un «large pouvoir d'appréciation» de l'autorité communale.

IV. Questions d'opportunité et questions de droit

Au-delà de son usage comme critère de délimitation de l'étendue du contrôle judiciaire des décisions administratives, la notion d'opportunité, telle qu'elle est définie par le Tribunal fédéral⁶⁰, s'oppose à celle de réglementation par le droit. L'autorité investie d'une compétence décisionnaire devrait donc, dans cette logique, trancher deux types de problèmes, les questions de droit d'une part, les questions d'opportunité de l'autre.

Cette opposition se traduit concrètement, dans la jurisprudence et dans la doctrine dominante, selon deux axes.

Le premier suit le cours du processus décisionnaire: dans les cas où la loi confère à l'administration une liberté d'appréciation, la prise de décision se ferait d'abord en appliquant les dispositions légales, puis en les complétant, le cas échéant, par celle des principes constitutionnels, enfin, dans un espace de liberté résiduel, les derniers choix seraient effectués en opportunité, au-delà du droit. Cette description ne doit pas être comprise forcément comme indiquant une séquence temporelle, mais plutôt une césure logique, signifiant que les choix opérés par l'autorité dans son mécanisme de décision ne sont pas tous de même nature.

Le second axe traverse la marge de manœuvre de l'administration selon l'opposition entre la liberté d'appréciation, ouvrant le champ de l'opportunité, et la latitude de jugement, ouvrant un champ de possibilités innommé.

Or, l'une et l'autre de ces oppositions sont trompeuses.

Dans l'interprétation de la loi et dans la prise en compte des principes constitutionnels, l'autorité ne peut nullement ignorer, bien au contraire, les considérations téléologiques: elle doit comprendre le texte légal dans un sens conforme à son but, en s'aidant le cas échéant des objectifs exprimés ou implicites de celle-ci⁶¹, elle doit opérer les choix que lui laisse la lettre de la

⁶⁰ *Supra* note 18.

⁶¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «Les objectifs de la législation: approches diversifiées et complémentaires», *Revue de la recherche juridique* (1989) 4, pp. 868 ss; CHARLES-ALBERT MORAND, «Buts et objectifs dans l'application et la mise en œuvre du droit public», in: *Le Recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles 1992, p. 75 ss.

loi dans la même perspective, conformément aux principes de la proportionnalité et de l'intérêt public⁶². L'opportunité, au sens de *Zweckmäßigkeit* imprègne donc la totalité du processus de décision. Parallèlement, le droit ne s'arrête nullement aux frontières de la liberté d'appréciation: l'application de la loi, même quand cette liberté est donnée, reste une opération juridique⁶³ et cela, à notre sens, y compris dans le champ de possibilités laissé ouvert par les normes constitutionnelles et légales. L'autorité est ici encore juridiquement tenue de choisir la meilleure solution, celle qui favorisera le plus la réalisation des objectifs posés par la loi ou la Constitution. Le fait que son ultime choix ne soit pas contrôlé par le juge ne change rien à la nature même de son activité. Dans cette optique, l'opportunité est une notion vide de sens propre. C'est une étiquette collée sur l'objet de la liberté d'appréciation, dont l'étendue dépend de l'interprétation de la loi par les méthodes reconnues. Mais elle n'exprime pas une caractéristique typique de cet objet.

Quel que soit le fondement juridique ou logique de la latitude de jugement concédée à l'administration dans l'application de notions juridiques indéterminées, la situation de l'autorité exerçant cette latitude n'est en rien différente de celle où elle se trouve lorsqu'elle use de sa liberté d'appréciation. Elle doit appliquer le droit, dans le respect des principes constitutionnels – il n'est pas permis d'interpréter une notion juridique indéterminée dans un sens contraire à l'égalité de traitement, à la proportionnalité ou à l'intérêt public – et en tenant compte des objectifs de la loi. Mais elle dispose d'un champ de possibilités parmi lesquelles le juge doit la laisser choisir, en raison de la conjonction d'un texte légal ouvert et de circonstances de faits qui, ensemble, permettent de conclure que l'autorité est la mieux à même de faire ce choix et bénéficie donc, à cette fin, d'une délégation législative sur laquelle le juge ne saurait empiéter sans violer la séparation des pouvoirs⁶⁴. Voudrait-on considérer que la retenue du juge dans ces conditions est volontaire ou ne résulte que de la limitation de ses moyens concrets de contrôle⁶⁵, que cela ne changerait rien à la nature même du choix opéré par l'autorité: une application téléo-

⁶² HÄFELIN/MÜLLER (note 3), n° 357; VALLENDER (note 3), p. 831 ss.

⁶³ RHINOW (note 3), 1983, p. 49.

⁶⁴ Il est donc clair que toute indétermination d'une notion juridique ne fonde pas nécessairement une latitude de jugement de l'autorité au sens d'une limitation du pouvoir d'examen du juge, VALLENDER (note 3), p. 825; RHINOW (note 3), 1983, p. 92.

⁶⁵ *Supra* notes 36 et 37.

logique du droit. Dès lors, ne parler d'opportunité que dans une seule des situations évoquées est trompeur.

V. Conclusion

En définitive, le terme d'opportunité, tel qu'il est utilisé en droit administratif suisse, peut-il être qualifié, à l'instar de celui de sanction jugé par MORAND, d'ambigu, inutile et nocif?

Il est certainement ambigu, à plusieurs égards: s'agissant de la cause véritable de la limitation du pouvoir d'examen du juge, de la nature de l'activité décisionnaire de l'autorité compétente, de la place de la perspective téléologique dans cette activité, de l'existence d'un espace de décision qui se situerait au-delà de l'emprise du droit.

Il est à notre avis inutile: on peut s'en passer aussi bien pour déterminer la nécessité d'un contrôle judiciaire des décisions que pour fonder les limites du pouvoir d'examen du juge lorsque ce contrôle existe. La théorie dominante de la latitude de jugement montre que l'on peut fort bien restreindre le pouvoir d'examen du juge sans référence aucune à la notion d'opportunité.

Quant à sa nocivité, c'est sans doute un bien grand mot, sauf à considérer que l'ambiguïté est par définition nocive. S'il se rapprochait davantage de la notion commune, l'usage juridique du terme d'opportunité pourrait d'ailleurs judicieusement rappeler la composante politique et programmatique de l'action étatique moderne. Mais, si l'on s'en tient au sens que ce terme a aujourd'hui en droit administratif suisse, nous sommes d'avis que, dans l'optique d'une bonne application du principe de la séparation des pouvoirs, son maintien dans le vocabulaire juridique n'est guère opportun.

IV. LES POLITIQUES PUBLIQUES

LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES ET LA TVA: DE L'ÉTAT PROVIDENCE À L'ÉTAT COMMERÇANT¹

FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université de Genève
Avocat

I. Introduction

La Confédération, les cantons, les communes, les autres institutions de droit public ainsi que les personnes et organisations chargées de tâches relevant de l'administration publique sont assujettis au paiement de la taxe sur la valeur ajoutée². Ce principe a été introduit par le Conseil fédéral à l'art. 17 al. 4 de l'ancienne ordonnance du 22 juin 1994 régissant la TVA³ et repris à l'art. 23 al. 1 de la Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée⁴.

En conséquence, sous réserve d'une exonération, les prestations fournies à des tiers autres que des collectivités publiques par des autorités étatiques ou des entités de droit public ou privé agissant pour le compte de l'Etat pour un chiffre d'affaires annuel de plus de Fr. 25'000.- sont soumises à la TVA⁵.

¹ Nous remercions ici Madame VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, titulaire du brevet d'avocat, assistante à la Faculté de droit, qui a participé à la mise au point de l'appareil critique qui accompagne ce texte.

² Ci-après «TVA».

³ Ci-après «aOTVA» (RO 1994 1464). Cette ordonnance se fondait directement sur les art. 41^{ter} de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 et 8, alinéa 1, de ses dispositions transitoires dans l'attente de l'élaboration d'une loi fédérale. Elle a été remplacée, dès le 1^{er} janvier 2001, par la LTVA et l'OTVA (voir ci-après la note 4).

⁴ RS 641.20, ci-après «LTVA». Elle est complétée par l'Ordonnance du 29 mars 2000 relative à la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OLTVA), RS 641.201. Ces deux textes sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (RO 2000 1300 et 1347).

⁵ XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, Bâle 1998, p. 318. De manière générale, sur la portée du champ d'application de l'art. 23 LTVA, voir GERHARD SCHAFROTH/DOMINIK ROMANG, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer*, Bâle 2000, n° 12 ss, ad art. 23 LTVA.

L'élément déterminant pour apprécier la portée de l'assujettissement des autorités publiques à cet impôt est l'étendue des exonérations dont elles bénéficient.

L'art. 17 al. 4, aOTVA avait prévu une exonération uniquement pour les prestations fournies par les autorités étatiques «dans l'exercice de leur puissance publique», sans toutefois définir cette notion⁶, et pour les prestations effectuées exclusivement entre collectivités publiques⁷. De plus, l'annexe de l'aOTVA mentionnait de manière non exhaustive à titre de contre-exception une série d'activités considérées par le législateur comme ayant un caractère professionnel et commercial, même si certaines peuvent être accomplies dans l'exercice de la puissance publique⁸. L'art. 23 LTVA a repris cette réglementation et la liste légèrement modifiée de l'annexe de l'aOTVA figure désormais à l'art. 23 al. 2 LTVA. Enfin, une exonération limitée a été introduite dans la loi pour les prestations en faveur de la communauté fournies par des offices de tourisme et des sociétés de développement touristique sur mandat de collectivités publiques qui ne sont pas imposables si la contre-prestation provient exclusivement de taxes touristiques de droit public (art. 23, al. 1, quatrième phrase, LTVA).

⁶ L'art. 17 al. 4, troisième phrase, aOTVA précisait uniquement que l'exercice de fonctions arbitrales est considéré comme relevant de la puissance publique (voir sur ce point ALEXANDER FILLI, «Ausgewählte Fragen zur Unterstellung der Rechtsanwälte und Notare unter die Mehrwertsteuer», ASA 63/1994-95, p. 503, 510-511).

⁷ PETER SPINLER, «Die subjektive Steuerpflicht im neuen schweizerischen Mehrwertsteuerrecht», ASA 63/1994-95, p. 393, 403-405.

⁸ L'annexe contenait quinze rubriques couvrant les activités suivantes: les télécommunications (ch. 1), la distribution d'eau, de gaz, d'électricité, d'énergie thermique et autres choses similaires (ch. 2), le transport de biens et de personnes (ch. 3), les prestations de services portuaires et aéroportuaires (ch. 4), la livraison de produits finis neufs destinés à la vente (ch. 5), les livraisons de produits agricoles effectuées par des organismes d'intervention agricoles de la collectivité publique (ch. 6), l'exploitation des foires et des expositions à caractère commercial (ch. 7), l'exploitation d'établissements de bains et de patinoires de glace artificielle (ch. 8), les entreposages (ch. 9), les activités des bureaux de publicité commerciaux (ch. 10), les activités des agences de voyages (ch. 11), les opérations des cantines d'entreprises, restaurants du personnel, économats et établissements similaires (ch. 12), les activités des notaires publics (ch. 13), les activités des bureaux de mensurations cadastrales (ch. 14), les activités dans le domaine de l'élimination (ch. 15).

Ce régime introduit par le législateur pour assurer la neutralité concurrentielle des prestations de l'Etat⁹ et l'euro-compatibilité de la réglementation suisse¹⁰ se fonde sur une classification des tâches étatiques en fonction de deux paramètres alternatifs, leur caractère commercial ou leur lien avec l'exercice de la puissance publique. Compte tenu de leurs conséquences financières sur l'organisation des activités de l'administration, notamment en cas de décentralisation ou de délégation de la gestion à des personnes privées, il est intéressant de définir la portée de ces critères. Cet exercice dépend principalement du sens de la notion de «prestations accomplies avec la puissance publique», dans la mesure où toutes les activités qui ne relèvent pas de la puissance publique sont, selon l'art. 23 LTVA, par définition, de nature commerciale et, de ce fait, soumises à l'impôt.

Dans cette perspective, nous commencerons par examiner la notion de «puissance publique» lorsque les tâches étatiques sont gérées directement par un service de l'administration centrale d'une collectivité publique (II). Nous présenterons ensuite les contraintes fiscales liées à une opération de décentralisation ou à la collaboration avec une personne privée pour garantir l'existence d'un rapport de puissance publique (III). Nous terminerons notre analyse en présentant la nouvelle répartition des tâches étatiques découlant de leur qualification fiscale (IV).

II. La gestion directe des tâches publiques par une administration centrale

A. La «puissance publique»: une notion au contenu variable

L'art. 17 al. 4, aOTVA ne définit pas le concept de «prestation dans l'exercice de la puissance publique». Cette notion juridique indéterminée est géné-

⁹ Commentaire de l'ordonnance régissant la TVA 1995, Projet du 28 octobre 1993, p. 16; Rapport du 28 août 1996 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, 93.461 (Rapport Dettling), p. 38-39.

¹⁰ DIETER DZIADKOWSKI/EDUARD FORSTER/CLAUDIA HEMPEL, «Die mehrwertsteuerliche Behandlung der Tätigkeiten von Gemeinwesen im Lichte der 6. EG-Umsatzsteuer-Richtlinie», ASA 65/1996-97, p. 1 ss; STEFAN KAUFMANN, «Der Begriff der Hoheitsgewalt im Sinn von Art. 17 Abs. 4 der Mehrwertsteuerverordnung vom 22. Juni 1994 (MWSTV)», *StR* 1995 1/2.

ralement liée à la notion de souveraineté. Le Conseil fédéral affirme par exemple dans le Message relatif à la Constitution fédérale du 19 avril 1999 que « les cantons sont souverains dans la mesure où ils possèdent une puissance publique propre »¹¹. Il précise qu'en font partie « le droit de légiférer, la compétence de percevoir des impôts, le droit d'expropriation et le droit régalien »¹².

Dans le même sens, BLAISE KNAPP¹³ comme ULRICH HÄFELIN et GEORG MÜLLER¹⁴ distinguent l'administration souveraine et non souveraine¹⁵. La première existe lorsque l'autorité a le pouvoir d'astreindre, par un acte normatif ou une décision, une ou plusieurs personnes à agir, s'abstenir ou tolérer une situation. La seconde correspond aux domaines où un tel pouvoir de contrainte fait défaut. Dans cette perspective, l'administration n'est souveraine que si un citoyen se trouve dans un rapport de subordination avec l'Etat qui peut unilatéralement lui imposer des obligations. Cette approche correspond à la notion traditionnelle de l'Etat de police dans laquelle le droit est assimilé à la contrainte¹⁶, synonyme de la puissance publique.

Dès l'entrée en vigueur de l'aOTVA, plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une définition de la notion de « puissance publique » fondée sur l'existence de prérogatives de droit public par opposition à des activités étatiques non contraignantes¹⁷. Leur démarche incitait à l'adoption d'une notion plus extensive de la puissance publique, similaire à celle développée en relation avec l'art. 61 du Code des obligations¹⁸ par le Tribunal fédéral, qui a

¹¹ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, p. 7/132.

¹² Message, (note 11), p. 132, note 29.

¹³ BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Bâle 1991, n° 113.

¹⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3^{ème} éd., Zurich 1998, n° 16-17.

¹⁵ Voir également ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 115.

¹⁶ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 38-40.

¹⁷ Voir notamment ALOÏS CAMENZIND/NIKLAUS HONAUER, *Manuel du nouvel impôt sur la taxe à la valeur ajoutée*, Berne 1996, p. 193; DZIADKOWSKI/FORSTER/HEMPEL (note 10), p. 8; KAUFMANN, (note 10), p. 10-12; GERHARD SCHAFFROTH, « Mehrwertsteuer im Gemeinwesen », ASA 64/1995-96, p. 447/452.

¹⁸ RS 220; ci-après «CO».

considéré, par exemple, le traitement des malades dans un hôpital public comme une activité de puissance publique¹⁹.

Entre ces deux visions de la puissance publique, l'Administration fédérale avait adopté une position pour le moins ambiguë. Dans sa brochure d'information pour les collectivités publiques, elle affirmait que les autorités et entités exerçant «des tâches relevant de l'administration publique ne sont pas assujetties pour les prestations qu'elles fournissent dans l'exercice de leur *puissance publique*», puis précisait immédiatement qu'une «prestation relève en principe de la puissance publique lorsqu'elle peut aussi être exécutée à l'encontre de privés (même contre leur volonté)»²⁰. Cette seconde phrase ouvrait la voie à une notion large de la puissance publique dépassant le seul exercice d'un pouvoir de contrainte par l'Etat. En effet, si l'Administration jugeait nécessaire de mentionner que la puissance publique comprenait aussi la contrainte, cela signifiait qu'il existait d'autres rapports de droit où l'Etat intervenait dans une fonction officielle mais sans forcément disposer d'un pouvoir de contrainte.

Cette interprétation aurait pu être confirmée par les exemples cités par l'Administration pour illustrer la notion de puissance publique, qui distinguait les activités ayant des conséquences juridiques pour les administrés de celles revêtant un aspect d'information ou un caractère commercial. Cette administration estimait par exemple que les «taxes d'inscription au Registre foncier et au Registre du commerce, ainsi que les remises d'extraits, ne sont pas imposables». En revanche, «les examens préalables ainsi que les demandes de renseignements sont imposables». De même, si les contrôles officiels effectués par les services des poids et mesures ne sont pas taxés, le coût d'un étalonnage demandé de sa propre initiative par une personne reste soumis à la TVA²¹.

¹⁹ Voir notamment les ATF 122 III 101/104 F. et 115 Ib 175/179 C.; pour d'autres activités, voir les ATF 126 III 370/373 N. ou 113 II 424/426 S.; consulter également PIERRE MOOR/DENIS PIOTET, «La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites: Droit public ou droit privé? – Quelques réflexions à propos de l'avant-projet portant sur la révision de la partie générale du droit de la responsabilité civile», *ZBl* 1996, p. 481/483 et p. 490-492; THIERRY TANQUEREL, «La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989», *SJ* 1997, p. 345, 347-348.

²⁰ Administration fédérale des contributions, Brochure d'information pour les collectivités publiques, janvier 1995, ch. 2.

²¹ *Ibidem*.

Au regard de ces exemples, l'Administration aurait apparemment considéré comme relevant de la puissance publique les actes officiels exercés dans une fonction d'autorité, même s'ils n'impliquent pas l'exercice immédiat d'une contrainte: un contrôle officiel ou une inscription au Registre foncier. En revanche, le renseignement donné sans caractère officiel n'aurait pas de caractère de puissance publique même s'il est fourni dans l'exercice d'une tâche publique et qu'une prestation analogue d'une entreprise privée est exclue. Ce critère était sans doute compliqué mais présentait au moins l'avantage de ne pas réduire la notion de puissance publique à celle de contrainte.

B. La définition restrictive du Tribunal fédéral

Compte tenu des incertitudes relatives à la mise en œuvre de l'art. 17 al. 4 aOTVA, les premiers arrêts du Tribunal fédéral allaient jouer un rôle déterminant pour la définition du concept de puissance publique.

Le premier arrêt publié, rendu le 5 octobre 1999, concernait la Commune de Blonay²². L'Administration fédérale des contributions exigeait le paiement par la Commune de la TVA sur les taxes perçues en contrepartie de ses activités en matière d'élimination des ordures ménagères et d'épuration des eaux usées. Considérant que les prestations de la Commune dans ce domaine constituent une activité économique pouvant être confiée à une entreprise privée, en application du principe de la neutralité concurrentielle, la Commission fédérale de recours en matière de contributions a rejeté un recours de la Commune. Cette dernière a contesté cette décision auprès du Tribunal fédéral en invoquant l'inconstitutionnalité de l'art. 17 al. 4 aOTVA et en affirmant, à titre subsidiaire, le caractère de puissance publique de sa mission. Ce dernier argument de la Commune était voué à l'échec dans la mesure où le Tribunal fédéral admettait la constitutionnalité de l'art. 17 al. 4 aOTVA et de l'annexe de l'ordonnance. En effet, comme le chiffre 15 de cette annexe assimilait expressément les activités dans le domaine de l'élimination à des activités commerciales, le Tribunal fédéral ne pouvait s'écarter du texte clair de la norme et qualifier les tâches de la commune en matière d'élimina-

²² ATF 125 II 480 *Commune de Blonay*.

tion des ordures et d'épuration des eaux usées de fonction de puissance publique²³.

Le Tribunal fédéral a admis la constitutionnalité des dispositions contestées en se fondant principalement sur les travaux préparatoires de l'ordonnance comme de la future LTVA²⁴ ainsi que sur la réglementation européenne²⁵. Il a profité de cette analyse pour rappeler les différentes théories avancées pour l'interprétation de la notion fiscale de «puissance publique»²⁶. Sans prendre formellement position, compte tenu de la qualification imposée par le chiffre 15 de l'annexe de l'aOTVA dans le cas d'espèce, le Tribunal a cependant indiqué que l'exercice de la puissance publique nécessitait l'existence d'un pouvoir de contrainte.

Au surplus, le Tribunal a exclu que des activités de l'Etat pouvant être accomplies également par des entreprises privées puissent être exonérées pour des motifs de neutralité concurrentielle, même si les tâches correspondent à une mission imposée par la loi à l'Etat et si les autorités disposent d'un pouvoir de contrainte par rapport aux usagers de ses services²⁷. Ce dernier point était pour le moins discutable dans le contexte de l'arrêt. En effet, la Commune de Blonay assurait l'élimination des déchets conformément aux art. 31 et suivants de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement²⁸. Or, l'art. 31b al. 1 LPE confère aux cantons un monopole pour l'élimination des déchets urbains, des déchets de la voirie ainsi que des déchets dont l'origine ou le détenteur ne peut être identifié, afin de leur permettre de planifier et d'organiser de manière rationnelle et écologique leur élimination. Ces déchets doivent être éliminés par le canton dans la zone d'apport qu'il a définie²⁹. En conséquence, un canton peut interdire à une entreprise privée de collecter des déchets dans le périmètre de la zone d'apport d'une usine d'incinération³⁰. Enfin, pour com-

²³ Voir également RDAF 2000 II, p. 307/311 C. SA.

²⁴ ATF 125 II 480, 484-487 *Commune de Blonay*.

²⁵ ATF 125 II 480, 487-489 *Commune de Blonay*.

²⁶ ATF 125 II 480, 489-490 *Commune de Blonay*.

²⁷ ATF 125 II 480, 491 *Commune de Blonay*.

²⁸ RS 814.01; ci-après «LPE».

²⁹ ATF 126 II 26/30 *Blaser AG*; ATF 125 II 508/511 *Heer AG*; DEP 1998, p. 520; DEP 1998, p. 61.

³⁰ DEP 1998, p. 520.

penser son activité, un canton a le droit d'imposer une taxe d'élimination aux personnes à l'origine des déchets³¹.

Compte tenu de ces exigences légales, il existe clairement dans le domaine de l'élimination des déchets un rapport de subordination entre la collectivité publique chargée de cette tâche et les usagers de ces services. L'élimination est une tâche d'intérêt public dont la mise en œuvre est assurée de manière contraignante. Ces éléments auraient dû suffire à démontrer l'existence d'une contrainte et donc d'un rapport de subordination synonyme de l'exercice de la puissance publique³². Le Tribunal fédéral semble avoir été tenté de retenir cette solution³³. Il a toutefois préféré privilégier le caractère économique des services d'élimination en retenant deux critères pour l'identifier: les prestations sont commercialisables et peuvent être fournies par des entreprises privées³⁴. Il reprendra ces deux paramètres dans ses arrêts ultérieurs³⁵.

L'interprétation restrictive de la notion de puissance publique annoncée dans l'arrêt *Commune de Blonay* a été confirmée peu après par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 24 novembre 1999³⁶: un acte de puissance publique au sens de l'art. 17 al. 4 aOTVA existe lorsqu'une collectivité publique «astreint par arrêté ou par décision, une ou plusieurs personnes à agir, à s'abstenir ou à tolérer une situation»³⁷. Ainsi, «l'acte de puissance publique se caractérise donc par un rapport de subordination et par le fait que la collectivité publique peut exercer une contrainte sur le citoyen en se fondant sur une réglementation de droit public»³⁸. Partant de cette définition, le Tribunal fédéral estime que l'exercice de la puissance publique est «un privilège et un monopole des collectivités publiques»³⁹.

³¹ Art. 32a LPE.

³² Comparer avec les ATF 83 I 119 *Manfrini*; ATF 89 II 268 *Meyer*; ATF 105 II 234 *Landschaft und Gemeinde Davos*.

³³ ATF 125 II 480, 490-491 *Commune de Blonay*.

³⁴ ATF 125 II 480, 491 *Commune de Blonay*.

³⁵ Voir notamment SJ 2000 I, p. 396/399 *Administration fédérale des contributions*.

³⁶ RDAF 2000 II, p. 83 S. SA.

³⁷ RDAF 2000 II, p. 83/87 S. SA.

³⁸ SJ 2000 I, p. 396/399 *Administration fédérale des contributions*; voir également JAAC 64/2000 n° 80, p. 899/903 C., ainsi que l'arrêt non publié du 25 août 2000 du Tribunal fédéral dans la cause *Kur- und Verkehrsverein Davos* (2A.233/1997), c. 4b, p. 6-7.

³⁹ SJ 2000 I, p. 396/399 *Administration fédérale des contributions*.

En conséquence, avec ces deux arrêts, pour tenir compte du caractère exceptionnel de l'exonération accordée aux collectivités publiques par rapport au principe de la généralité de l'impôt sur la consommation⁴⁰, le Tribunal fédéral est revenu à une conception très traditionnelle et restrictive de la notion de puissance publique. Elle se fonde sur les activités que l'Etat est seul en mesure d'exercer, car elles impliquent l'existence d'un rapport de subordination entre la collectivité publique et le citoyen⁴¹. De plus, en raison de la prise en compte des conséquences économiques des actions étatiques, si l'existence d'un acte de puissance publique est une condition nécessaire pour l'exonération de la TVA, elle n'est pas suffisante. Il faut encore apprécier le comportement de l'Etat dans l'optique de la neutralité concurrentielle pour admettre éventuellement une exonération.

C. *L'identification des tâches de puissance publique*

Du point de vue de la TVA, il convient de procéder à une analyse en deux étapes des tâches publiques pour déterminer si elles sont ou non exonérées de la taxe. Il faut commencer par s'assurer de l'existence éventuelle d'un acte de puissance publique; puis il est nécessaire de vérifier la neutralité concurrentielle de cet acte.

⁴⁰ RDAF 2000 II, p. 83/87 S. SA; JAAC 64/2000 n° 80, p. 899/903.

⁴¹ Il est piquant que le Tribunal fédéral se réfère dans l'arrêt non publié du 25 août 2000 (note 38) à la notion de tâche de puissance publique définie par opposition au concept d'activité administrative au sens large dans son ancienne jurisprudence relative aux marchés publics, où il assimilait la passation de marchés publics à des actes administratifs non contraignants (voir l'ATF 116 Ib 367/370 *Zentrale Inkassostelle der Kies- und Transportwerke Bern und Umgebung*), alors même qu'il a définitivement abandonné cette jurisprudence suite à l'entrée en vigueur de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics (RS 0.632.231.42), reconnaissant que l'adjudication de marchés publics intervient au moyen de décisions sujettes à recours (ATF 125 II 86/94-95 *Groupement G2IR3*). De même, le sens donné par le Tribunal fédéral aux termes « puissance publique » en matière de TVA est plus restreint de celui qu'il attribue à ces mots en matière de qualité pour recourir des collectivités publiques (voir notamment les ATF 124 II 293/304-305 *Politische Gemeinde Glattfelden*; 122 II 382/383-384 *Kanton Zürich*; 119 Ib 389/391 X., ainsi que PIERRE MOOR, «La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif», in: *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS POUDRET*, Lausanne 1999, p. 93/122-123).

1. L'existence d'un acte de puissance publique

La première étape de l'analyse consiste à déterminer si une activité étatique relève ou non de la puissance publique. En principe, la réponse sera positive lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées: la collectivité dispose d'un monopole légal ou constitutionnel lui permettant d'accomplir cette tâche, d'une part, et il existe un rapport de subordination entre l'administration et le citoyen, caractérisé par la possibilité d'imposer à ce dernier un comportement au moyen d'un acte législatif ou administratif contraignant, d'autre part⁴².

Si ces conditions ne sont pas remplies, la fonction en cause ne relève pas de la puissance publique et est assujettie à la TVA. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, le bureau de révision d'une caisse de compensation n'exerce pas la puissance publique même s'il procède de façon indépendante aux contrôles de l'application des dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants⁴³ et de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents⁴⁴ par les employeurs. En effet, pour le Tribunal fédéral, ce bureau n'est pas habilité à ordonner un contrôle ou à prendre des décisions. Il ne dispose donc pas d'un pouvoir de contrainte et sa rémunération est soumise à la TVA⁴⁵.

Si ces deux conditions sont remplies, un acte de puissance publique existe, mais il faut encore s'assurer de la neutralité concurrentielle de ces actes⁴⁶.

⁴² SCHAFFROTH/ROMANG (note 5), n° 27 *ad art.* 23 LTVA.

⁴³ RS 831.10; ci-après «LAVS». Art. 68 LAVS, et art. 164-170 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101).

⁴⁴ RS 832.20; ci-après «LAA». Art. 80 LAA et art. 107 al. 1 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202).

⁴⁵ Arrêt non publié du 3 août 2000 du Tribunal fédéral dans la cause *Revisionstelle der Ausgleichskassen* (2A.564/1998), c. 5 b), p. 12.

⁴⁶ Comp. RDAF 1999 II, p. 506, 509-511 *N. AG, maison de retraite, maison de soins et home médicalisé*, sur l'exonération dans le domaine de l'assistance sociale et de la sécurité sociale.

2. La neutralité concurrentielle des actes de puissance publique

La LTVA entend garantir la neutralité concurrentielle des actes étatiques⁴⁷, même s'ils sont accomplis dans l'exercice de la puissance publique, en les considérant comme des prestations commerciales, si des prestations similaires sont commercialisables et sont fournies par des tiers ou pourraient l'être⁴⁸.

Dans l'hypothèse où les actes de puissance publique correspondraient à la fourniture de prestations mentionnées dans la liste non exhaustive de l'annexe de l'aOTVA, reprise à l'art. 23 al. 2 LTVA, ces actes seraient automatiquement considérés comme commerciaux, indépendamment de leurs modalités d'exécution.

Dans le silence de la liste, qui n'est pas exhaustive, il convient de vérifier la neutralité concurrentielle de chaque prestation au regard du critère posé par le Tribunal fédéral: les prestations étatiques ne sont pas commercialisables, d'une part, et elles ne sont pas ou ne pourraient pas être fournies par un tiers, d'autre part⁴⁹.

Le caractère «commercialisable» ou «*marktfähig*» se rapporte à la valeur marchande éventuelle des actes de l'Etat. La fourniture de produits ou de services constitue *a priori* une prestation commercialisable. Cette qualification est confirmée si une entreprise privée peut exercer une telle activité de manière indépendante de l'Etat ou sur la base de la délégation d'une tâche publique⁵⁰.

Appliquer largement ce critère impliquerait de considérer que l'activité privée de référence ne devrait pas forcément avoir un caractère lucratif: une personne privée pourrait être apte à fournir des prestations équivalentes à celles de l'Etat, même si cette activité n'est pas rentable. Dans cette perspective, il suffirait qu'une personne privée soit intéressée à exercer la tâche par délégation en contrepartie d'une rémunération par l'Etat pour que la tâche

⁴⁷ Voir, *supra*, le point II. C.

⁴⁸ ATF 125 II 480/490 *Commune de Blonay*.

⁴⁹ SJ 2000 I, p. 396, 399 *Administration fédérale des contributions*. Voir également DANIELLE YERSIN, «La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'Ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA)», ASA 68/1999-2000, p. 689, 703-704.

⁵⁰ ATF 125 II 480/491 *Commune de Blonay*; SJ 2000 I, p. 396, 399 *Administration fédérale des contributions*.

devienne commercialisable. A notre avis, une telle définition reviendrait à supprimer du point de vue fiscal la notion d'administration publique. En théorie, l'activité de tout service étatique pourrait être déléguée à un tiers⁵¹. L'admission de ce critère signifierait que toutes les activités de l'Etat, à l'exception des fonctions gouvernementales, seraient commercialisables. La notion alternative de tâche de «puissance publique» n'aurait alors plus guère de sens.

Une interprétation restrictive du concept de délégation évoqué par le Tribunal fédéral semble plus conforme à la systématique de la LTVA. Le but de l'art. 23 LTVA est d'assurer la neutralité concurrentielle des prestations de l'Etat, qu'elles soient accomplies directement par une collectivité publique ou par délégation. Pour que la question de la concurrence soit pertinente, un marché doit exister⁵². Il faut que l'activité de l'Etat entre en concurrence avec celle d'entreprises privées. Une telle compétition n'existera pas dans le domaine de l'administration publique lorsque l'Etat accomplit des tâches étatiques qui ne sont pas exercées par des personnes privées sur un marché. Dans la mesure où une collectivité publique délègue une telle tâche à une entreprise privée, elle ne fausse aucun mécanisme de concurrence⁵³.

Une large partie des activités de police administrative, comme par exemple le contrôle des denrées alimentaires ou des médicaments, pourrait être déléguée à des entreprises privées. Toutefois, à l'heure actuelle, il n'existe pas d'entreprises privées exerçant une fonction similaire sur un marché et avec lesquelles l'Etat entrerait en concurrence. En conséquence, ces tâches n'ont aucun caractère commercial. Elles continuent à relever de l'administration publique, voire de la puissance publique, même si elles peuvent être déléguées à tiers.

En revanche, des entreprises privées sont actives dans les domaines de l'élimination des déchets ou du traitement des eaux, visés à l'art. 23 al. 2, litt. o, LTVA. Il existe un marché pouvant être faussé par l'intervention de l'Etat. Pour ce motif, l'activité des autorités étatiques est considérée comme

⁵¹ Voir par exemple l'arrêt *S. SA* (RDAF 2000 II, p. 83) portant sur le transfert par le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures à une société anonyme des tâches relevant notamment de l'aménagement du territoire et de la protection de la nature.

⁵² SJ 2000 I, p. 337/341 *Confédération suisse*.

⁵³ Dans ce sens JAAC 64/2000 n° 80, p. 899, 903-904.

ayant un caractère commercial. Comme l'a retenu la Commission fédérale de recours en matière de contributions: «l'activité exercée par une collectivité publique ou son délégataire ne peut en principe pas être considérée comme purement étatique, s'il s'agit d'une activité économique ou commerciale qui pourrait être exercée par n'importe quelle entreprise privée du marché»⁵⁴.

Partant, l'exonération de la TVA au sens de l'art. 17 al. 4 aOTVA et désormais l'art. 23 al. 1 et 2 LTVA⁵⁵ ne sera donnée que pour des prestations accomplies dans l'exercice de la puissance publique et neutres du point de vue de la concurrence.

III. La gestion déléguée des tâches publiques par une administration décentralisée ou une personne privée

A. La délégation de l'exercice de la puissance publique

Depuis plusieurs années, sous la pression de l'ouverture des marchés et de finances publiques déficitaires, l'administration fédérale, comme certaines administrations cantonales et communales, a procédé à des décentralisations ou introduit dans certains services ou administrations para-étatiques des modes de fonctionnement se rapprochant de ceux du secteur privé⁵⁶. De même, la Confédération, comme de nombreux cantons ou communes, ont élaboré de nouvelles formes de gestion des tâches publiques fondées sur le recours à des partenaires privés ou l'utilisation de structures de droit privé au lieu d'unités administratives.

⁵⁴ JAAC 64/2000 n° 80, p. 899, 903-904.

⁵⁵ Arrêt non publié du 25 août 2000 (note 38), c. 4 d), p. 9-10.

⁵⁶ Par exemple, sous l'apparence du maintien d'une enveloppe juridique de droit public, la Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste (Loi sur l'organisation de la Poste, RS 783.1) a procédé à une refonte profonde des règles régissant le fonctionnement interne de la Poste pour rapprocher sa structure de celle des entreprises du secteur privé. Voir également la Loi du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (RS 742.31; «LCFF») qui a transformé les CFF en une société anonyme de droit public devant être gérée selon les principes de l'économie d'entreprise (art. 2 et 3 LCFF).

Dans ces différentes hypothèses, le transfert des tâches publiques à des entités distinctes de l'administration centrale est soumis à la réalisation de quatre conditions cumulatives: l'existence d'une base constitutionnelle ou légale, la présence d'un intérêt public, la mise en place d'une surveillance appropriée ainsi que le respect du principe de la spécialité⁵⁷.

L'interprétation restrictive de l'art. 17 al. 4 aOTVA par le Tribunal fédéral entraîne des répercussions importantes sur les modes d'organisation de l'administration retenus par les collectivités publiques dans le cadre de ces réformes.

Reprenant intégralement la pratique de l'administration fédérale des contributions⁵⁸, le Tribunal fédéral n'a admis l'application d'une exonération de la TVA en faveur d'une personne privée chargée de l'exécution de tâches publiques que si trois conditions cumulatives sont réalisées :

- La collectivité publique délégante détient de manière originaire les compétences qui lui permettent d'exercer l'activité déléguée en faisant usage de la puissance publique.
- La délégation est prévue par la loi.
- L'entité privée au bénéfice de la délégation est habilitée à rendre en son propre nom des décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁵⁹, qui sont susceptibles de recours⁶⁰.

A notre avis, les mêmes exigences s'appliqueraient en principe également à la délégation d'une tâche à une entité décentralisée de droit public. Une distinction entre ces deux modes de gestion des tâches publiques ne serait pas justifiée. En effet, le recours à des personnes privées ne modifie pas fondamentalement la nature publique des tâches étatiques. Au même titre qu'une entité décentralisée de droit public, une personne privée qui exécute une tâche pu-

⁵⁷ ATF 104 Ia 440, 446-447 *Gabathuler*; art. 9 et 10 al. 2 de l'Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1).

⁵⁸ Administration fédérale des contributions, Brochure d'information pour les collectivités publiques, modifications à partir du 1^{er} janvier 1996, décembre 1995, ch. 5.8.5.

⁵⁹ RS 172.021, ci-après «PA».

⁶⁰ RDAF 2000 II, p. 83, 87-88 *S. SA*; SJ 2000 I, p. 396-400 *Administration fédérale des contributions*; Arrêt non publié du 3 août 2000 (note 45), c. 4c), p. 11. Voir également SCHAFFROTH/ROMANG (note 5), n° 27 *in fine ad art. 23 LTVA*.

blique pour le compte de l'Etat agit comme un organe de celui-ci, investi en principe d'une parcelle de la puissance étatique; ses actes restent régis par le droit public⁶¹.

B. Les conditions d'une exonération en cas de délégation

1. La détention originaire de la puissance publique

La première condition posée par le Tribunal fédéral pour admettre une délégation de la puissance publique ne soulève guère de difficultés. L'analyse que nous avons effectuée, *supra* au point II, permet d'identifier les tâches dans le cadre desquelles une administration centrale exerce la puissance publique et est donc susceptible de déléguer une partie de celle-ci. La situation est plus délicate pour les autres exigences.

2. La délégation est prévue dans une loi ou la constitution

Le Tribunal fédéral requiert l'existence d'une base légale prévoyant expressément le transfert de la compétence d'exercer la puissance publique originaire. Cette exigence découle du caractère de monopole de l'exercice de la puissance publique⁶². En particulier, pour que des tiers puissent être chargés de l'exécution de tâches publiques ou y être associés, le législateur doit avoir prévu ce transfert ou cette association dans une loi⁶³.

En conséquence, selon le Tribunal fédéral, une disposition d'une loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire autorisant le Conseil d'Etat à désigner un service spécialisé en matière d'aménagement du territoire n'habilite pas ce Conseil d'Etat à déléguer à une société anonyme par un contrat de prestations les tâches de l'office cantonal de l'amé-

⁶¹ ATF 116 Ia 461, 463 *Syndicat d'améliorations foncières de Cudrefin-Bellerive-Vallamand*. Voir également FRANÇOIS BELLANGER, «La légalité lorsque l'administration agit par des moyens de droit privé», in: *La légalité: un principe à géométrie variable*, Bâle 1992, p. 67-72 ss; KURT EICHENBERGER, «Verwaltungsprivatrecht», in: *Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle 1985, p. 75-79 ss; GRISSEL (note 15), p. 116 ss; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 1994, p. 136-140.

⁶² PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 114-115.

⁶³ ATF 104 Ia 440, 445-447 *Gabathuler*; ATF 100 Ia 169, 177 *Stump*; ATF 100 Ia 60, 70 *Philippe Andersen*.

nagement. La loi cantonale doit définir avec précision les tâches déléguées⁶⁴. En conséquence, la société anonyme ne peut exercer une tâche de puissance publique au sens de l'art. 17 al. 4 aOTVA.

Si l'exécution d'une tâche publique incombe à l'administration en vertu d'une disposition constitutionnelle, une base légale ne serait pas suffisante pour permettre la délégation de cette tâche à une entité publique ou privée. Dans ce cas, en raison du principe du parallélisme des formes, il faudrait modifier la constitution avant de procéder à la délégation.

3. Une compétence de décision propre

Pour que la troisième condition soit réalisée, l'entité au bénéfice de la délégation doit disposer d'une compétence de décision propre⁶⁵. Elle doit être en mesure de prendre des décisions en son nom propre et non seulement au nom et pour le compte de l'administration délégante. De plus, il est nécessaire que cette entité puisse le cas échéant assurer elle-même l'exécution forcée de ses décisions⁶⁶.

En conséquence, pour assurer un transfert de la puissance publique, la législation doit conférer aux entités publiques ou privées un pouvoir de décision au sens de l'art. 5 PA, consistant dans la possibilité de prendre en leur propre nom des actes juridiques unilatéraux modifiant la situation juridique des administrés. Dotées de telles compétences relevant de la puissance publique, les entités publiques ou privées sont alors mises sur le même pied que les organes de l'Etat, et leurs actes de souveraineté peuvent faire l'objet de recours⁶⁷.

L'exigence de l'exercice de l'activité administrative en son propre nom par l'entité privée limite le type de collaboration entre l'Etat et les personnes privées pouvant être exonérées de la TVA. Il s'agira le plus souvent d'un rapport fondé sur une concession, dans la mesure où le concessionnaire prend en charge l'activité concédée de manière indépendante et s'engage à la rem-

⁶⁴ RDAF 2000 II, p. 83, 88-89 *S. SA.*

⁶⁵ RDAF 2000 II, p. 83, 89 *S. SA.*

⁶⁶ RDAF 2000 II, p. 83, 90 *S. SA.*

⁶⁷ ATF 108 Ia 264, 266-267 *Wagner.*

plier en son propre nom et à ses risques et périls⁶⁸. Un rapport de délégation est également envisageable si, sur la base d'une loi formelle, un pouvoir autonome de décision est transféré au délégataire, qui agit en son propre nom pour le compte de l'Etat.

Néanmoins, même dans ces deux cas, l'exonération n'interviendra que si le concessionnaire ou le délégataire se voit également transférer un pouvoir de contrainte à l'encontre des usagers de leurs services et qu'il soit donc dans une situation identique à celle d'un service membre de l'administration centrale.

Ces exigences ne sont pas réalisées par les maîtres ramoneurs genevois en dépit du fait qu'ils bénéficient du droit exclusif de procéder aux contrôles exigés par le droit fédéral pour les installations émettant des polluants atmosphériques⁶⁹. En effet, selon le Tribunal fédéral, le fait qu'un ramoneur puisse exiger du détenteur d'une installation défectueuse sa remise en état par une entreprise spécialisée n'est pas pertinent. Même si cet acte était qualifié de décision au sens de l'art. 5 PA, il n'est pas pris par le ramoneur en son propre nom. L'ordre est notifié sur une lettre à l'en-tête du Département de l'intérieur de l'environnement et des affaires régionales⁷⁰. Partant, selon le Tribunal fédéral, le ramoneur agit sur mandat du canton et non en son propre nom. Il ne dispose donc pas d'une compétence propre lui permettant d'exercer de manière déléguée la puissance publique. Son activité est assujettie à la TVA⁷¹.

Finalement, si l'exercice d'une tâche est confiée à un auxiliaire qui l'accomplit au nom et pour le compte de l'Etat⁷², les prestations de l'auxiliaire

⁶⁸ ATF 124 I 297, 300 *Luc Meylan*.

⁶⁹ Selon l'art. 7 de la Loi du 17 décembre 1981 sur le ramonage et les contrôles spécifiques des émanations de fumées (RS/GE L 5 25, ci-après «LRCS»), «Le Conseil d'Etat concède aux maîtres ramoneurs, moyennant une redevance maximum annuelle de 5 000 Fr., le droit exclusif de procéder au ramonage et aux contrôles spécifiques, dans un arrondissement déterminé».

⁷⁰ L'art. 11, al. 1 et 2, du Règlement d'application du 24 mars 1982 de la LRCS (RS/GE L 5 25.01) charge chaque maître ramoneur officiel, lorsqu'il constate des défauts sur les installations, d'impartir au propriétaire concerné un délai raisonnable pour faire remettre son installation en état. Toutefois, la compétence d'ordonner la remise en l'état ou l'arrêt d'une installation n'appartient qu'au Département de l'intérieur, de l'agriculture, de l'environnement et de l'énergie conformément à l'art. 10 LRCS.

⁷¹ SJ 2000 I, p. 396, 401-402 *Administration fédérale des contributions*. Voir également RDAF 2000 II, p. 83, 89-90 *S. SA*.

⁷² Voir, par exemple, ATF 116 Ib 386, 391-392 *R*.

seront soumises à la TVA alors que les mêmes prestations accomplies par un service de l'Etat seraient exonérées.

IV. La commercialisation des tâches administratives

La définition fiscale très restrictive des tâches de puissance publique, exercées directement par l'administration centrale ou après délégation à une entité décentralisée ou une personne privée, modifie la classification traditionnelle des tâches administratives.

A l'aune de la TVA, les activités étatiques ont un caractère commercial si elles ne relèvent pas de la puissance publique. Cette répartition découle soit d'une appréciation préalable par le législateur qui définit à l'art. 23 al. 2 LTVA des tâches de l'Etat considérées comme ayant une valeur marchande même si elles sont accomplies dans l'exercice de la puissance publique, soit d'une requalification des activités souveraines en prestations commerciales car des personnes privées pourraient exercer les mêmes tâches.

Le législateur fédéral assimile ainsi les collectivités publiques à des entreprises dans la mesure où elles sortent du domaine restreint de l'administration restrictive. Du point de vue fiscal, il estime que le concept de neutralité concurrentielle de l'impôt prime le principe de l'intérêt public. Si l'on suit cette approche, les activités administratives se répartissent en trois catégories: les tâches commerciales par nature (A), les fonctions de puissance publique (B) et les fonctions d'administration publique (C).

A. Les tâches commerciales par nature

L'art. 23 al. 2 LTVA définit de manière non exhaustive seize sortes de tâches administratives considérées comme professionnelles ou commerciales, indépendamment de leurs modalités d'exercice⁷³. Ces tâches correspondent à trois domaines d'activité de l'Etat : les prestations de droit privé, les secteurs libéralisés et les tâches exécutables par l'Etat ou des personnes privées.

⁷³ Outre les activités mentionnées à la note 8, cette disposition vise la construction d'installations destinées au transport.

1. Les prestations de droit privé

Une grande partie des fonctions visées par l'art. 23 al. 2 LTVA⁷⁴ correspond à des situations où l'Etat érige une activité privée au rang de tâche de droit public et offre des prestations pouvant être fournies aux mêmes conditions par le secteur privé⁷⁵. Dans ce cas, l'activité étatique a pour principal objet de réaliser un revenu; la poursuite d'un intérêt public est accessoire. Les prestations de l'Etat sont donc potentiellement en concurrence avec celles des entreprises de l'économie privée. Il s'agit par exemple de l'exploitation d'établissements de bains et de patinoires artificielles ou de l'entreposage de biens⁷⁶.

Cette catégorie comprend toutes les activités étatiques qui seraient commercialisables. Toutes les tâches reconnues par le Tribunal fédéral comme ayant un caractère industriel et commercial au sens de l'art. 61 al. 2 CO en feraient partie⁷⁷. Il en irait de même si une collectivité publique qui produit des biens ou assure certaines prestations de services nécessaires à la conduite de ses tâches commençait à commercialiser ces biens et services à des tiers autres que des collectivités publiques.

2. Les secteurs libéralisés

Plusieurs activités visées par l'art. 23 al. 2 LTVA concernent les secteurs de l'économie faisant l'objet d'une libéralisation depuis la dernière décennie, comme les transports ou les télécommunications: auparavant gestionnaire d'un monopole ou principal fournisseur de prestations de services, l'Etat devient un acteur économique parmi d'autres sur un marché ouvert à la concurrence. Il est légitime que ses prestations soient alors taxées comme celles des autres opérateurs.

Cette approche illustre la relativité du droit. A la fin des années 40, la plupart des établissements ou des fondations créés par les cantons ou les communes intervenaient comme des prestataires de service, fournissant de l'eau, du gaz, de l'électricité ou un service de transport. Ces activités étaient considérées à l'époque comme ayant un caractère économique et les relations

⁷⁴ Art. 23 al. 2 litt. e à n LTVA.

⁷⁵ Comparer avec l'ATF 120 II 321, 329-330 *Lignoform Innenausbau AG*.

⁷⁶ Art. 23 al. 2 litt. h et i LTVA.

⁷⁷ Voir, *supra*, les références citées à la note 19.

entre ces administrations et leurs usagers relevaient du droit privé⁷⁸. Elles s'exerçaient d'ailleurs parfois en concurrence avec celles d'entreprises privées.

Avec le développement du droit administratif, parallèlement à celui de l'administration de prestation, la prise en compte du monopole de droit ou de fait dont bénéficiaient parfois les services étatiques fournissant ces prestations a entraîné une requalification des rapports juridiques⁷⁹. Le droit privé a cédé la place au droit public et la notion de tâche d'intérêt public a occulté le but lucratif éventuel des prestataires publics.

La libéralisation de ces secteurs chasse le droit public des relations entre les entreprises et leurs usagers, elle provoque un retour à la situation existant il y a près de soixante ans. Les prestations de l'Etat redeviennent commerciales au même titre que celles des opérateurs privés.

3. Les autres secteurs

La LTVA entend garantir la neutralité concurrentielle des actes étatiques en les considérant comme des prestations commerciales, si des prestations similaires pourraient être fournies par n'importe quelle entreprise du marché⁸⁰. Compte tenu du point de référence retenu par le législateur et le Tribunal fédéral – l'existence d'un marché –, cette catégorie de tâches étatiques ayant un caractère commercial est appelée à évoluer. Dès que des entreprises privées commenceraient à exercer une activité commerciale dans un domaine où l'Etat intervient et seraient en mesure d'effectuer les mêmes tâches que celui-ci, l'art. 23 al. 1 et 2 LTVA imposerait de modifier la qualification des tâches étatiques et de les considérer comme ayant un caractère commercial pour assurer la neutralité concurrentielle des interventions de l'administration. Pour ce motif, la liste figurant à l'art. 23 al. 2 LTVA n'est pas exhaustive.

⁷⁸ Voir, par exemple, ZACCHARIA GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, vol. I, Zurich 1960, p. 87-88.

⁷⁹ FRANÇOIS BELLANGER, *Le régime juridique de la Banque nationale suisse*, Zurich 1990, p. 158-159 et les références citées.

⁸⁰ Voir, *supra*, le point II. C. 2).

B. Les fonctions de puissance publique

Les fonctions de puissance publique sont définies de manière restrictive. Elles comprennent uniquement les tâches impliquant l'exercice d'un pouvoir d'enjoindre, d'interdire, voire de contraindre par l'usage de la force. Sont exclues de cette définition toutes les activités non contraignantes pour les particuliers et, en particulier, une grande partie des tâches de politique sociale comme les soins dans les hôpitaux publics.

La distinction imposée par la LTVA rejoint celle proposée en matière de responsabilité de l'Etat par les experts chargés d'étudier la réforme du droit de la responsabilité civile⁸¹⁻⁸². Elle impose un retour à la notion de l'administration de police, dont la fonction est de protéger l'ordre public et d'intervenir de manière contraignante pour des motifs de police, comme la protection de la sécurité ou de la santé publiques⁸³. Cette vision réductrice est bien éloignée de celle d'un Etat providence ou propulsif⁸⁴.

C. Les fonctions d'administration publique

Les fonctions d'administration publique constituent une catégorie résiduelle comprenant toutes les tâches n'ayant pas un caractère commercial et ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique. Il s'agit essentiellement des prestations de l'Etat qui ne sont pas fournies également par des entreprises privées. Dans ce domaine, les prestations de l'administration sont assujetties

⁸¹ PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif*, p. 73-74. Voir également Office fédéral de la Justice, Avant-Projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, Commentaire abrégé, p. 9.

⁸² Voir également le critère fonctionnel utilisé dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le domaine de la fonction publique: ce critère se fonde sur la nature des fonctions d'un agent public, indépendamment de sa qualification juridique; il permet d'exclure du champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH les litiges des agents participant directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique (SJ 2000 I, p. 414, 416 X.).

⁸³ KNAPP (note 13), n° 119 ss.

⁸⁴ Sur cette notion, MORAND (note 16), p. 71 ss.

à la TVA indépendamment d'une éventuelle contre-prestation du bénéficiaire, à moins qu'elles ne constituent une subvention ou une contribution analogue⁸⁵.

V. Conclusion

L'introduction de la TVA et son application aux collectivités publiques provoquent une redéfinition des tâches publiques qui se distingue des approches traditionnelles, fondées soit sur les fonctions de l'administration – police, prestations, gestion⁸⁶ ou programmes d'action⁸⁷ –, soit sur ses moyens d'action – décision, contrat ou instruments de droit privé. Dans le souci d'assurer la neutralité de l'impôt, le législateur a introduit le critère de l'activité commerciale de l'Etat.

A priori antinomique avec le principe de l'intérêt public, le concept d'activité étatique à caractère commercial correspond cependant à une réalité. Dans de nombreux domaines, le développement des tâches publiques a conduit les administrations à accomplir des tâches à la place des entreprises privées ou en concurrence avec celles-ci. Parfois, notamment en matière d'infrastructures de transport, de communications ou d'approvisionnement en fluides, l'Etat s'est substitué aux entreprises privées qui n'auraient pas eu un intérêt économique à assurer un service dans toutes les régions du pays. Les prestations de l'Etat dans ces secteurs relèvent de l'intérêt public car le législateur a décidé que tel serait le cas. Cet intérêt a longtemps occulté le caractère commercial de ces prestations.

La TVA, répondant au principe de la réalité économique⁸⁸, a percé la voile de l'intérêt public pour ne retenir que le caractère commercial. Du point de vue fiscal, l'Etat n'est plus providentiel mais commerçant.

La taxation de ces activités commerciales est légitime du point de vue de la concurrence. Il n'existe aucune raison de traiter l'Etat commerçant diffé-

⁸⁵ Art. 33 al. 6 litt. b LTVA et Notice n° 15 de l'Administration fédérale des contributions, «Subventions et autres contributions des pouvoirs publics».

⁸⁶ MOOR (note 61), p. 17-21.

⁸⁷ MORAND (note 16), p. 71 ss.

⁸⁸ OBERSON (note 5), p. 42-43; JEAN-MARC RIVIER, «L'interprétation des règles de droit qui régissent la Taxe à la Valeur Ajoutée», ASA 63/1994-95, p. 355/363.

remment des autres acteurs économiques. La situation est plus délicate pour les autres activités de l'Etat.

Le législateur fédéral aurait pu taxer l'Etat commerçant et exonérer les tâches d'administration publique. Il a choisi une solution différente en s'appropriant la notion de la puissance publique et en lui donnant le sens le plus traditionnel et le plus restrictif. Seul l'Etat contraignant, grâce à l'exercice de la puissance publique, est exonéré de la TVA. Pour obtenir une exonération fiscale, réduite à la dimension de sa composante primaire – l'usage légitime de la force publique –, l'administration doit démontrer non seulement qu'elle se conduit comme au XIX^e siècle, mais aussi que le XX^e siècle n'a pas créé un marché pour ses actes contraignants qui les rendrait commercialisables.

Entre ces deux pôles subsiste une zone grise au contenu évolutif dans lequel l'Etat gérant assure les tâches ordinaires d'administration publique. Taxé comme n'importe quelle entreprise, cet Etat perd sa spécificité du point de vue fiscal.

La nouvelle définition fiscale de l'Etat aura une influence sur les réformes de l'administration. Les contraintes, imposées par l'administration fiscale et confirmées par le Tribunal fédéral, à la délégation de tâches de puissance publique rendent difficilement réalisable une décentralisation, voire une délégation à des personnes privées des fonctions de l'Etat contraignant.

En revanche, pour l'Etat commerçant et l'Etat gérant, les modes de gestion des tâches publiques sont indifférents du point de vue fiscal. Ces fonctions étant assimilées à l'activité d'entreprises privées, certaines collectivités publiques pourraient être incitées à s'organiser comme de telles entreprises ou à procéder à des privatisations.

L'Etat commerçant, et dans une moindre mesure l'Etat gérant, portent ainsi en eux le germe de leur destruction. Dès lors que l'Etat n'a plus de spécificité et est traité comme une entreprise privée, il n'a plus de raison d'être l'Etat. La poursuite de l'intérêt public sauve pour l'instant l'Etat gérant mais les composantes de l'Etat commerçant sont vouées à devenir plus ou moins rapidement des entreprises privées.

ASPECTS DES ÉCONOMIES DE RÉSEAUX

CHRISTIAN BOVET

Professeur à l'Université de Genève*

Le mouvement néo-libéral en faveur de la privatisation et de la déréglementation ne freine en rien le développement des politiques publiques. Il l'accélère, l'interventionnisme étatique étant nécessaire pour assurer la régulation des secteurs privatisés ou déréglementés.

CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 72

I. Introduction

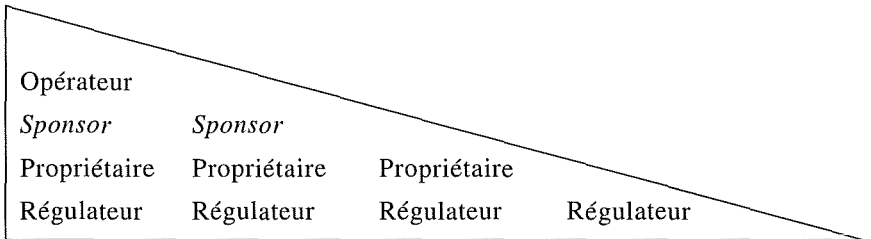
La libéralisation de secteurs économiques faisant appel à des infrastructures importantes, mises en place dans des situations de monopoles, donne naissance à de nouvelles règles économiques et juridiques. A l'évidence, l'ouverture de ces marchés et l'instauration d'un régime de concurrence change la position des anciens monopolistes. Le concept de réseau devient alors un élément central de cette réflexion. Il intervient en particulier lorsqu'il s'agit de définir les prescriptions régissant:

- les réseaux existants, c'est-à-dire non seulement ceux qui ont été construits et installés par les anciens monopolistes mais aussi ceux d'autres entreprises actives dans des secteurs proches et qui peuvent utiliser leur équipement, au moins en partie, dans le marché libéralisé;

* L'auteur est membre de la Commission fédérale de la communication (ComCom); les opinions exprimées dans la présente contribution n'engagent d'aucune manière cette autorité. Il remercie vivement Mlle PRANVERA KËLLEZI, assistante, de l'aide qu'elle lui a apportée dans la mise au point de ce texte, en particulier de l'appareil critique. Les liens Internet figurant dans cet article sont à jour au 31 janvier 2001.

- les nouveaux réseaux, c'est-à-dire ceux qu'installent et construisent les nouveaux entrants sur le marché libéralisé;
- l'accès et l'utilisation des réseaux existants ou nouveaux par les propriétaires de ces deux premières catégories et par des tiers, ceux-ci n'étant au bénéfice d'aucune infrastructure significative et exerçant leur activité économique dans le domaine des services destinés aux consommateurs (au sens économique).

Ces situations fondent de nouveaux mécanismes pour lesquels nous utiliserons l'expression, peut-être surprenante au premier abord, d'économies de réseaux (*network economies / Netzwirtschaften*). Dans ce contexte, le rôle de l'Etat tend lui aussi à se modifier et à évoluer. Pour reprendre ici le schéma du Professeur HANS PETER FAGANINI¹:



La première colonne de ce schéma vise des situations du type de celles qui prévalaient dans le domaine des Chemins de fer fédéraux et des PTT. Ces deux groupes de services faisaient partie intégrante de l'administration fédérale. En outre, le rôle de *sponsor* de l'Etat était particulièrement développé dans le premier domaine, puisque celui-ci prenait chaque année en charge un déficit important. Avec la transformation des Chemins de fer fédéraux en une société anonyme², le rôle d'opérateur a disparu pour la Confédération et sa fonction de *sponsor* s'est quant à elle atténuée. Le meilleur exemple de la troisième phase est la situation actuelle dans le secteur des télécommunications: d'une part, la loi sur l'entreprise des télécommunications gouverne l'organisation de cette entité (fonction de «propriétaire» de la Confédération) et,

¹ «Vom Umgang mit Staatseigentum bei Deregulierungen», in: MEIER-SCHATZ/SCHWEIZER (éd.), *Recht und Internationalisierung*, Zurich 2000, p. 217.

² Art. 2 de la loi sur les Chemins de fer fédéraux (LCFF; RS 742.31).

d'autre part, la loi sur les télécommunications régit la surveillance du marché des télécommunications³.

Il ne s'agit pas d'examiner ici l'ensemble des problèmes soulevés par les libéralisations et les changements qu'elles entraînent. Le sujet est inépuisable. L'objectif que nous nous sommes fixé est de dresser un certain nombre de constats au regard des expériences récentes en Suisse et de proposer quelques perspectives, en considérant des travaux législatifs qui viennent (peut-être) d'aboutir et d'autres en cours; une approche comparatiste, s'inspirant de ce qui se fait à l'étranger, a aussi été retenue. Dans la chronologie que nous venons de proposer, le marché des télécommunications s'inscrit comme premier objet⁴. Ensuite, on rappellera que le Parlement suisse a adopté le 15 décembre 2000 la loi sur le marché de l'électricité (LME)⁵. Enfin, le Conseil fédéral a mis en consultation à la même époque un projet de nouvelle loi sur la radio et la télévision⁶.

II. Règles

Les conditions-cadres de la libéralisation des économies de réseaux sont présentées ci-après sous forme de règles. Il s'agit essentiellement de poser un certain nombre de principes et non d'imposer des exigences. Comparé à d'autres branches du droit ou de l'économie, ce domaine est à un stade encore embryonnaire; il serait donc éminemment prétentieux de s'ériger en donneur de leçons, alors que l'évolution des théories et de la pratique est si rapide. Enfin, il faut se garder de voir un caractère exhaustif à cet énoncé. En parti-

³ Sur ces deux aspects, cf. *infra* Règle 1.

⁴ L'instrument législatif principal de la libéralisation dans ce secteur est la loi fédérale sur les télécommunications (LTC; RS 784.10). Celle-ci est accompagnée par un grand nombre d'ordonnances émises par le Conseil fédéral, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), la Commission fédérale de la communication et l'Office fédéral de la communication (OFCOM). Voir RS 784.101 ss.

⁵ Les références à la LME se fondent sur le texte tel qu'adopté par les deux Chambres fédérales. Il est possible que certains amendements de forme soient encore apportés. Mais surtout, le lancement d'un référendum a été annoncé par diverses organisations. Au moment de la rédaction de cet article, en janvier 2001, on ne connaît pas encore, pour des raisons évidentes, le résultat de cette démarche.

⁶ On trouve le texte proposé et le rapport explicatif à l'adresse Internet www.uvek.admin.ch/doku/presse/2000/f/00122002.htm.

culier, comme cette contribution est axée sur les entreprises, nous ne traitons pas directement des aspects liés aux consommateurs⁷.

Règle 1: L'ouverture d'un marché à la concurrence exige généralement que certains changements importants soient apportés à la structure des anciens monopolistes. En effet, ceux-ci étaient souvent, auparavant, entièrement intégrés à l'administration. Il y a donc lieu de leur donner une véritable indépendance économique.

L'adoption de la loi sur les *télécommunications* est allée de pair avec la séparation des activités postales et de télécommunications. Les premières ont ainsi été confiées à un établissement de droit public autonome doté de la personnalité juridique: la Poste⁸; les secondes à une société anonyme de droit public: Swisscom⁹. L'organisation de cette dernière est régie par la LET, ses statuts et, subsidiairement, le droit de la société anonyme¹⁰. On relèvera deux éléments qui confirment la tendance vers une indépendance aussi grande que possible:

- Conformément à la loi, la Confédération détient actuellement la majorité du capital et des voix¹¹. Un projet de modification de ce statut a toutefois été lancé récemment par le Conseil fédéral en vue de permettre une réduction de cette participation majoritaire pour atteindre, en fin de compte, une position minoritaire¹².

⁷ On pense notamment aux concepts de «service public» et de «service universel». A ce sujet, voir par exemple les contributions parues in: HABLÜTZEL/BLINDENBACER/LETSCH (éd.), *Vom Service Public zum Service au Public*, Zurich 2000.

⁸ Art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (LOP; RS 783.1).

⁹ Art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (LET; RS 784.11).

¹⁰ Par exemple art. 8 ss LET. Pour le droit de la société anonyme, cf. art. 620 ss CO. Sur la problématique de l'Etat-actionnaire, cf. PETER FORSTMOSER/TOBIAJ JAAG, *Der Staat als Aktionär: haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften*, Zurich 2000.

¹¹ Art. 6 al. 1 LET.

¹² Voir la documentation figurant sur le site du DETEC, à l'adresse Internet www.uvek.admin.ch/doku/presse/2001/f/01012401.htm.

- Nonobstant son statut public, les actions de Swisscom sont cotées à la SWX Bourse suisse¹³. Ces titres font même partie du panier de quelque 30 valeurs mobilières servant à calculer le principal indice de la SWX: le Swiss Market Index (SMI)¹⁴.

Le transfert des actifs et des passifs entraîne un travail complexe d'évaluation et exige l'attribution de chacun des biens et dettes aux entités nouvellement créées¹⁵. Par ailleurs, il convient d'adapter la comptabilité des entreprises aux exigences ordinaires en matière de comptes et de bilans¹⁶. Ce travail est particulièrement délicat et difficile au moment du passage d'un système de comptabilité public aux standards que nous venons d'évoquer.

L'accession à ce statut d'indépendance dans un marché libéralisé a aussi des conséquences juridiques qui dépassent les simples aspects organisationnels. Dans le domaine des poursuites, il est par exemple admis que, contrairement à la situation qui prévalait avant la libéralisation du marché des télécommunications¹⁷, les biens de Swisscom sont désormais saisissables et

¹³ Voir notamment la notice figurant sur le site de la SWX, à l'adresse Internet www.swx.com/cgi/issuers/vinkTable?id=10711&lang=fr.

¹⁴ www.swx.com/cgi/smi_basket?lang=fr.

¹⁵ Art. 23 LET et 22 LOP. Pour une illustration, cf. *Arrêté du Conseil fédéral concernant le transfert de droits relatifs à des immeubles à La Poste Suisse et à l'entreprise fédérale de télécommunications*, du 12 novembre 1997 (FF 1997 IV 1333). Sur ces questions, ROLF H. WEBER, «Fragen der Vermögensübertragung bei der Überführung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger», in: JAAG (éd.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zurich 2000, p. 67.

¹⁶ Sur la révision du droit comptable suisse, cf. les documents figurant sur le site Internet de l'Office fédéral de la Justice, à l'adresse www.ofj.admin.ch/themen/kbuchf/intro-f.htm. La Société suisse des juristes y a par ailleurs consacré une partie de ses travaux du congrès 2000. Voir les rapports de GIORGIO BEHR/WERNER F. EBKE/LUKAS HANDSCHIN/ALEXANDRE KIND, dans le fascicule 1/2000 des rapports SSJ. Voir également DIRECTOR GENERAL OF ELECTRICITY AND GAS SUPPLY/DIRECTOR GENERAL OF TELECOMMUNICATIONS/DIRECTOR GENERAL OF WATER SERVICES/DIRECTOR GENERAL OF ELECTRICITY AND GAS SUPPLY (NORTHERN IRELAND)/RAIL REGULATOR/CIVIL AUTHORITY, *The role of regulatory accounts in regulated industries (joint consultation paper)*, octobre 2000, disponible à l'adresse Internet www.ofgem.gov.uk/docs/regacc.pdf.

¹⁷ En particulier, ATF 103 II 227. Le Tribunal fédéral avait alors exclu la possibilité de faire inscrire une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 837 CC), considérant qu'une installation de téléphonie – un émetteur important situé au Chasseral – faisait partie du patrimoine administratif de la Confédération. L'entreprise des PTT était à cette époque, en 1981, entièrement intégrée à l'administration fédérale et bénéficiait d'un monopole.

réalisables¹⁸. Le fait qu'en vertu d'une disposition transitoire¹⁹, Swisscom soit au bénéfice d'une concession de service universel jusqu'en 2003 n'y change rien. Elle a en effet perdu le statut qui était le sien jusqu'en 1998 et se trouve aujourd'hui pour la majeure partie de ses activités en concurrence avec les opérateurs ayant bénéficié de l'ouverture du marché suisse des télécommunications.

Dans le domaine de l'électricité, on peut distinguer entre les réseaux de transport, qui concernent les installations à haute tension destinées au transport d'électricité sur de grandes distances²⁰, et les réseaux de distribution, qui concernent les installations à moyenne et basse tensions destinées à l'approvisionnement des consommateurs finaux ou des entreprises d'approvisionnement²¹. Le Parlement suisse a prévu la création d'une société de droit privé chargée d'exploiter sur l'ensemble du territoire national le réseau de *transport*²². Cette société ne pourra toutefois exercer directement ou indirectement aucune activité se rattachant à la production ou à la distribution d'électricité²³. En l'état, on peut seulement dire que cette entité devra revêtir la forme d'une société anonyme ayant les caractéristiques principales suivantes²⁴:

¹⁸ A ce sujet, cf. HANSJÖRG PETER, «La Poste et Swisscom face à la procédure et au droit des poursuites et des faillites», in: BLSchK 1999, p. 210.

¹⁹ Art. 66 al. 1 LTC.

²⁰ Art. 4 lit. g LME.

²¹ Art. 4 lit. h LME. Selon la lit. a de cette même disposition, une entreprise d'approvisionnement est «une entreprise électrique de droit privé ou de droit public qui ne travaille pas exclusivement dans les secteurs de la production ou du transport de courant».

²² Art. 8 s. LME. La Commission de la concurrence s'est déclarée en faveur de la création de cette société dans les termes suivants:

«Das Stromübertragungsnetz stellt ein natürliches Monopol dar. Dies bedeutet, dass sämtliche Elektrizitätslieferungen zwischen einer Einspeis- und einer Entnahmestelle am kostengünstigsten durch ein einziges Netz ausgeführt werden können. Auch für die Zukunft ist damit zu rechnen, dass die Stromleitungen sog. 'bottle-necks' bleiben, zu denen keine Alternativen bestehen. Auf der Stufe Netzbetrieb wird folglich auch nach erfolgter Marktöffnung ein Regulierungsbedarf bestehen [...]. Vor diesem Hintergrund unterstützen wir die Bildung einer nationalen privatrechtlichen Netzgesellschaft für den Betrieb des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes sehr».

RPW/DPC 1998/2, p. 324, *Vernehmlassung zum Elektrizitätsmarktgesetz*. Plus généralement, voir la prise de position de l'ancienne Commission des cartels au moment des discussions préliminaires sur l'ouverture du marché de l'électricité: PCCSPR 1996/2, p. 147, *Stellungnahme der Kartellkommission zu den Diskussionen über die Öffnung des Elektrizitätsmarktes*.

²³ Art. 8 al. 1 LME.

²⁴ Art. 9 LME.

- ses statuts et leurs modifications devront être approuvés par la Confédération;
- la société devra être sous contrôle suisse;
- la Confédération et les cantons se verront accorder le droit de déléguer chacun un représentant au conseil d'administration;
- plus de la moitié des actions devront être des actions nominatives liées.

L'art. 30 LME accorde cependant aux exploitants de réseaux de transport d'électricité suisses un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour fonder cette société. A défaut, le Conseil fédéral procédera à sa création. Un vaste travail d'évaluation devra intervenir au moment du transfert d'actifs à la société. Il sera notamment possible pour les exploitants de réseaux de transport et de distribution de céder à la nouvelle société, à titre d'apport en nature, leurs droits sur des immeubles²⁵.

Le projet de révision de la *LRTV* ne prévoit aucun changement structurel pour la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR). Celle-ci pourrait donc conserver son statut actuel d'association au sens des art. 60 ss CC²⁶. Elle aurait toutefois aussi la faculté de changer de structure²⁷.

Règle 2: L'ouverture d'un secteur économique fondé par nature sur le concept de réseau nécessite la mise en place de mécanismes pour permettre aux entreprises d'accéder à leurs clients et de leur fournir leurs services.

La libéralisation d'un secteur économique caractérisé par des infrastructures de réseaux importantes conduit par essence à l'émergence de deux types de marchés: un marché des services fournis aux consommateurs finaux et un marché de l'accès aux infrastructures (*facilities*) nécessaires à la fourniture de ces services²⁸. Il n'est pas possible d'entrer dans le détail des procédures complexes mises en place pour assurer l'efficacité de l'accès. On peut en

²⁵ Art. 31 LME.

²⁶ A ce sujet, par exemple, DENIS BARRELET, *Droit de la communication*, Berne 1998, p. 186 ss.

²⁷ *Rapport LRTV* (note 6), p. 44.

²⁸ COMMISSION CE, *Communication relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes*, JOCE 1998 C 265, p. 2.

revanche présenter les moyens principaux à disposition du législateur et du régulateur.

L'*interconnexion* est l'instrument fondamental pour la mise en place d'un régime de concurrence entre entreprises, en garantissant l'existence efficace d'un «réseau de réseaux»²⁹. Dans le domaine des télécommunications, il s'agit en effet d'assurer:

«la liaison physique et logique des réseaux de communications électroniques publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs finaux d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs finaux de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau»³⁰.

Ces aspects se retrouvent dans le secteur de l'électricité où chaque exploitant est en principe tenu d'acheminer l'électricité sur son réseau à destination non seulement des consommateurs finaux mais aussi des producteurs d'électricité, des entreprises d'approvisionnement en électricité et des entreprises faisant le commerce d'électricité³¹. Les exploitants doivent ainsi assurer «l'acheminement d'électricité et la gestion du réseau, compte tenu des échanges avec d'autres réseaux interconnectés»³². Pour sa part, le projet de révision de la LRTV prévoit l'octroi d'un droit d'accès, c'est-à-dire le droit accordé au diffuseur de diffuser son programme dans une zone déterminée par l'intermé-

²⁹ En particulier, PATRIK DUCREY, «Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte», in: FORSTMOSER/VON DER CRONE/WEBER/ZOBL (éd.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor ROGER ZÄCH zum 60. Geburtstag*, Zurich 1999, p. 287; MARKUS RUFFNER, «Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien – Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion», in: FORSTMOSER/VON DER CRONE/WEBER/ZOBL (éd.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zurich 1999, p. 414 s.

³⁰ COMMISSION CE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux installations associées, ainsi qu'à leur interconnexion*, du 12 juillet 2000, COM(2000) 384, art. 2 par. 2, b. Ce texte est disponible à l'adresse Internet www.europa.eu.int/comm/information_society/policy/framework/pdf/com2000384_fr.pdf. Egalement art. 3 lit. e LTC et section 2.1 engagements spécifiques de la Suisse dans le cadre du 4^{ème} Protocole GATS, disponible sur le site Internet de l'OMC à l'adresse www.docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/SCHD/GATS-SC/SC83S4.WPF.

³¹ Art. 5 al. 1 LME.

³² Art. 10 al. 1 lit. b LME.

diaire d'un fournisseur de services de télécommunication³³. Ce droit est complété par l'obligation pour un tel fournisseur de diffuser ce programme dans le cadre de ses possibilités techniques; le projet prévoit pour la rémunération du fournisseur, explicitement ou implicitement, l'application analogique des règles sur l'interconnexion en matière de télécommunication³⁴.

Dans une décision sur mesures provisionnelles, la ComCom a récemment assimilé le *dégroupage* de la boucle locale à un cas d'interconnexion³⁵. Le dégroupage ne fait pas l'objet d'une définition précise³⁶ et peut revêtir des formes différentes³⁷. En substance et de manière très résumée, il s'agit d'assurer aux opérateurs nouveaux entrants un accès direct à leurs abonnés, en dispensant entièrement ou partiellement ces derniers de rester liés, au niveau de la boucle locale, au réseau de l'ancien monopoliste³⁸. Dans l'Union européenne, le dégroupage est imposé depuis janvier 2001 par un règlement³⁹.

Un autre moyen pour un opérateur en télécommunication de combler les lacunes de son réseau est de passer des accords *d'itinérance (roaming)*. Ces arrangements sont bien connus des usagers de téléphonie mobile sur le plan

³³ Art. 42 du projet de révision LRTV.

³⁴ Art. 51 du projet de révision LRTV.

³⁵ Décision du 9 novembre 2000, disponible sur le site web de la ComCom à l'adresse www.fedcomcom.ch/docs/Vorsorg_Massnahmen-ULL-091100.pdf. Au moment de la rédaction de cet article, cette décision n'est pas en force dans la mesure où elle a fait l'objet d'un recours de droit administratif auquel le Tribunal fédéral a accordé l'effet suspensif. Pour une argumentation en faveur du dégroupage en Suisse, parue avant la décision précitée, voir ROLF H. WEBER, *Entbündelung im Fernmeldemarkt*, in: SIC! 4/2000, p. 338 ss.

³⁶ Décision de la ComCom (note 35), p. 4: «Der Begriff ('Local Loop') 'Unbundling' oder auf Deutsch der 'entbündelte Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen' wird meist nicht in einer klaren Weise definiert. Sachlich geht es um Zugangsmöglichkeiten innerhalb einer gewissen Infrastruktur – oder genauer – um einen kosteneffizienten und technisch sachgerechten Zugang zur 'letzten Meile' ('Local Loop') im Anschlussnetz sowie zu Breitbandübertragungstechniken».

³⁷ Voir les définitions d'«accès totalement dégroupé à la boucle locale», d'«accès partagé à la boucle locale» et de «colocalisation» dans l'art. 2 lit. f, g et h du Règlement (CE) 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE 2000 L 336, p. 4.

³⁸ La boucle locale est «le circuit physique à paire torsadée métallique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public fixe». Règlement 2887/2000 (note 37), art. 2 lit. c.

³⁹ Cf. Règlement 2887/2000 (note 37). Aux termes d'une procédure menée avec énergie et rapidité, ce règlement a remplacé une recommandation de la Commission relative au dégroupage de l'accès à la boucle locale du 26 avril 2000, JOCE 2000 L 156, p. 44.

international, puisqu'ils leur permettent d'utiliser leur téléphone à l'étranger bien que n'étant plus sur le réseau de l'opérateur avec lequel ils ont passé un contrat d'abonnement. Ces services trouvent cependant également application sur le plan national. En substance, ils consistent pour un opérateur à assurer une couverture téléphonique mobile aux clients d'une autre entreprise fournissant des services similaires, mais ne bénéficiant pas sur le territoire concerné d'installations suffisantes. La différence par rapport au régime que l'on rencontre dans la téléphonie fixe «classique» réside dans le fait que ces services sont facturés au second opérateur, à charge pour lui de les répercuter sur ses clients; ceux-ci ne deviennent pas les clients du fournisseur de services d'itinérance. En outre, ils peuvent utiliser leur appareil portable personnel sur le réseau du premier opérateur, en gardant, pour l'essentiel, la même configuration. Ces accords – à caractère purement contractuels et ne faisant l'objet d'aucune disposition spécifique dans la LTC – ont été considérés conformes à la loi et aux concessions de téléphonie mobile par la ComCom⁴⁰.

Outre ces mécanismes liés essentiellement à la technique des réseaux, il est nécessaire de donner aux nouveaux entrants la possibilité de construire rapidement leurs propres réseaux dans des conditions de concurrence non faussées. Tel a été l'objectif du législateur suisse lorsqu'il a adopté l'art. 35 LTC. En effet, cette norme permet aux opérateurs d'installer leurs lignes sur le domaine public moyennant le respect d'une procédure simple et rapide et sans devoir indemniser le propriétaire du bien-fonds concerné. Il s'agissait par là d'éviter une distorsion de la concurrence vis-à-vis (a) de l'ancien monopoliste qui avait construit son réseau dans des conditions juridiques et économiques particulièrement favorables et (b) d'autres opérateurs qui bénéficiaient déjà d'infrastructures⁴¹. Même si elle repose sur des motifs en partie différents, on citera aussi dans ce contexte l'obligation qui peut être faite à certains opérateurs de partager certaines de leurs infrastructures⁴².

⁴⁰ Communiqué de presse du 8 octobre 1999, disponible à l'adresse Internet www.fedcomcom.ch/fre/press/mitteilung/54.html.

⁴¹ On pense en particulier aux chemins de fer, qui ont un système de communication particulièrement développé, en parallèle à leur réseau de transport, et aux compagnies d'électricité, actionnaires également de l'un des plus grands concurrents de Swisscom. Pour plus de détails, cf. CHRISTIAN BOVET, «Utilisation et partage des ressources de télécommunication», in: COTTIER (éd.), *3^{ème} cycle romand de droit 1999 – Le droit des télécommunications en mutation*, Fribourg 2001 (à paraître).

⁴² Art. 36 al. 2 LTC. *Infra* Règle 6.

Pour conclure, on soulignera que ces moyens réglementaires, dont la fonction première est d'ouvrir des marchés jusque-là détenus par des entreprises monopolistiques, vont par nature influencer à terme l'état de la concurrence. Une application correcte de ces mesures devrait conduire à un découpage plus précis et à une réduction des marchés où s'exerce la puissance de l'ancien monopoliste. A titre d'illustration, la position dominante de Swisscom avant et dans les premiers temps de la libéralisation du marché des télécommunications en Suisse portait sur l'ensemble du marché des télécommunications⁴³. Dans une opinion récente à la ComCom, en relation avec le marché des lignes louées, la Commission de la concurrence a indiqué que la position dominante de l'ancien monopoliste portait sur la boucle locale⁴⁴. Il y a ici un parallèle intéressant avec l'enquête ouverte par la Direction de la concurrence de la Commission CE à propos du même produit⁴⁵; l'autorité européenne y a en effet distingué deux marchés: celui des lignes louées pour les circuits de courte distance et ceux de longue distance⁴⁶.

Règle 3: Les coûts, en particulier leur définition et leur calcul, jouent un rôle essentiel dans la mise en place d'un régime libéralisé efficace.

Pour éviter de créer une distorsion de concurrence, qui résulterait de l'exploitation par l'ancien monopoliste, pour un profit disproportionné, d'un réseau construit aux frais de la collectivité ou d'entraves au développement des nouveaux concurrents par des prix dissuasifs, la rémunération du service *d'interconnexion* doit être fondée sur le principe de l'orientation vers les coûts.

⁴³ RPW/DPC 1997/2, p. 161 *Blue Window*.

⁴⁴ RPW/DPC 2000/1, p. 87 n° 87 *Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG*.

⁴⁵ Ce domaine fait également l'objet d'une réglementation spécifique au niveau européen, cf. Directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE 1992 L 165, p. 27, modifiée par JOCE 1997 L 295, p. 23 et JOCE 1998 L 14, p. 27. Cf. en Suisse, l'art. 12 LTC et surtout les art. 1 lit. b et 13 s. OST, qui renvoient à la directive communautaire précitée.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION), *Working document on the initial results of the leased lines sector inquiry*, du 8 septembre 2000, p. 11. Ce document est disponible à l'adresse Internet www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/leased_lines/working_document_on_initial_results.pdf. Également JEAN-FRANÇOIS PONS, *L'application des règles de concurrence à l'offre de ligne de télécommunications louées dans la Communauté européenne (audition publique enquête de secteur «lignes louées», du 22 septembre 2000)*, p. 8 s. Ce document est également disponible sur le web, à l'adresse www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_013_fr.pdf.

Dans le secteur des *télécommunications*, cette conception a été choisie tant par la Suisse que par l'Union européenne⁴⁷. On peut ainsi rapprocher de la manière suivante les éléments comptables qui servent au calcul de ce prix dans ces deux réglementations⁴⁸:

Art. 34 OST	Annexes IV et V de la Directive 97/33
Coûts causés par le service d'interconnexion (coûts pertinents)	Frais permettant de couvrir la mise en place de l'interconnexion physique
Coûts additionnels à long terme des composants de réseau pris en considération et ceux qui découlent exclusivement de la fourniture d'un service d'interconnexion (long run incremental costs; LRIC)	<ul style="list-style-type: none"> - Coûts relatifs au trafic, induits par l'acheminement du trafic à destination et en provenance du réseau interconnecté (par exemple les coûts de commutation et de transmission) qui peuvent se calculer minute par minute et/ou sur la base de la capacité supplémentaire du réseau qui est exigée - Coûts de location couvrant l'utilisation permanente d'équipements et de ressources (maintenance de la connexion)
Supplément constant (constant mark up), équivalant à une partie équitable des coûts joints et des frais généraux pertinents (joint and common costs)	Part équitable, conformément au principe de proportionnalité, de frais associés et communs et de frais supportés pour assurer l'égalité d'accès, la portabilité du numéro et le respect des exigences essentielles (maintien de l'intégrité du réseau, sécurité du réseau dans les situations d'urgence, interopérabilité des services et protection des données)
Rémunération, conforme aux usages en vigueur dans le secteur, du capital utilisé pour les investissements	Frais financiers

⁴⁷ Ce régime découle de la section 2.2 des engagements spécifiques pris dans le cadre du 4^{ème} Protocole du GATS, disponibles sur le site Internet de l'OMC aux adresses www.docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/SCHD/GATS-SC/SC31S4R1.DOC (pour les CE) et www.docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/SCHD/GATS-SC/SC83S4.WPF (pour la Suisse).

⁴⁸ Pour être tout à fait précis, il faut souligner que la comparaison qui suit a un caractère éminemment schématique et ne prend donc pas en compte toutes les nuances et subtilités des réglementations présentées. La Directive 97/33 (*infra* note 50) laisse en outre une certaine discrétion aux autorités nationales. Par ailleurs, certains aspects ne se recoupent pas parfaitement lorsque pris individuellement, mais se rejoignent pour l'essentiel dans une perspective globale. Enfin, on insistera sur la nécessité de revoir régulièrement les bases et méthodes de calcul en la matière. Cf. par exemple les réflexions en Grande-Bretagne («*price control review*») du régulateur anglais OFTEL (*Office of Telecommunications*), [www.oftel.gov.uk/isp/netint.htm#Key Issues](http://www.oftel.gov.uk/isp/netint.htm#Key%20Issues). Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'un sujet complexe et sensible qu'il n'est pas possible de traiter précisément et exhaustivement dans ces quelques lignes.

La réglementation et la pratique qui devraient mettre en place le marché libéralisé de l'*électricité* en Suisse pourraient s'inspirer de ces éléments comptables lors de l'application de l'art. 6 al. 1 LME. Cette disposition prévoit en effet que «la rétribution de l'acheminement d'électricité est calculée en fonction des coûts indispensables à une exploitation efficace du réseau assortie d'un gain approprié». Les coûts fixes et variables, ainsi que la rémunération du capital, tous également énoncés par le droit des télécommunications, constituent sans aucun doute une base de réflexion solide. A noter pour terminer sur ce point que la réglementation actuelle met le fardeau de la preuve à la charge de l'entreprise intimée: si celle-ci ne parvient pas à établir que son offre – typiquement d'interconnexion – respecte le principe de l'alignement sur les coûts, le régulateur peut décider en se fondant sur des «valeurs comparables conformes aux usages du marché et du secteur en question» (*benchmarking*)⁵¹. L'art. 51 al. 3 du projet de révision de la LRTV reprend explicitement ce principe.

La LME fait par ailleurs appel au concept d'*«exploitation efficace»* que l'on retrouve à l'art. 5 phr. 1 de l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant⁵², selon lequel: «Sont économiquement supportables les mesures de limitation des émissions qui sont acceptables pour une entreprise moyenne, économiquement saine, de la branche concernée»⁵³. Ce

⁴⁹ Ordonnance sur les services de télécommunication (RS 784.101.1). A ce propos, PETER FISCHER, «Das Regime für Anbieterinnen von Fernmeldediensten», in: WEBER (éd.), *Neues Fernmelderecht - Erste Orientierung*, Zurich 1998, p. 111 ss; KATHARINA STAMPFLI, «Die Prinzipien der Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zum wirksamen Wettbewerb?», in: WEBER (éd.), *Neues Fernmelderecht - Erste Orientierung*, Zurich 1998, p. 75.

⁵⁰ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE 1997 L 199, p. 32.

⁵¹ Art. 47 al. 3 OST. Pour un cas d'application, voir la décision de la ComCom du 2 octobre 2000, p. 14 ss, disponible sur le site Internet de cette autorité www.fedcomcom.ch/docs/Mietleitung_Uebertragmedien_021000.pdf.

⁵² ORNI (RS 814.710).

⁵³ La seconde phrase de cette disposition précise que «lorsqu'il y a dans une branche donnée des catégories très différentes d'entreprises, l'évaluation se fait à partir d'une entreprise moyenne de la catégorie correspondante». Egalement l'annexe 1 à l'ORNI qui

type de règles aura notamment pour conséquence que les entreprises ayant des coûts supérieurs à ceux légalement définis comme raisonnables subiront une perte, alors que celles se situant en-dessous de cette ligne réaliseront un sur-profit dans le cadre de cette activité spécifique. On devrait assister à terme à un effort de rationalisation et de rentabilisation de la première catégorie d'entreprises, afin d'atteindre au moins la moyenne fixée par l'autorité. Celles qui n'y parviendront pas devraient disparaître (faillite ou acquisition par un tiers). Ces normes comportent cependant certains risques. En particulier, une compression régulière, voire constante, des coûts et des marges des entreprises peut les amener à décider de sortir du marché ou créer les conditions propices à la naissance de positions dominantes collectives⁵⁴.

Règle 4: Le droit de la concurrence est très présent dans le processus de libéralisation et les autorités de la concurrence sont appelées à agir parallèlement au régulateur ou à ses côtés.

L'Accord général sur les services conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a la particularité de contenir certaines dispositions régissant expressément des aspects de droit de la concurrence⁵⁵. Ainsi, son art. VIII traite des positions dominantes et son art. IX des autres pratiques pouvant affecter la concurrence. Le 4^{ème} Protocole GATS, qui porte spécifiquement sur le marché des télécommunications, développe et précise

distingue entre plusieurs activités économiques (lignes aériennes de transport de courant électrique, chemins de fer, tramways, stations émettrices de téléphonie sans fil, etc.).

⁵⁴ On se contentera de noter ici que l'existence d'une position dominante collective peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas déterminants. Mis ensemble, ils sont en revanche susceptibles de favoriser un comportement collusoire entre les entreprises présentes sur le marché. On citera notamment: (a) le degré de concentration sur le marché concerné. En effet, moins il y a d'entreprises et plus celles-ci ont des parts de marché proches, plus les risques d'un comportement collusoire sont élevés (arrêt du TPICE du 25 mars 1999, dans l'affaire T-102/96 *Gencor/Lonrho*, RJCE 1999, p. II-818, par. 206; également Conclusions de l'Avocat général Tesouro présentées le 6 février 1997 dans l'affaire *Kali & Salz*, RJCE 1998 p. I-1375, où il est fait référence à la taille et à la puissance économique proche des entreprises concernées); (b) les structures des coûts. Lorsque celles-ci sont différentes, la probabilité d'un comportement collusoire est plus faible (affaire *Gencor/Lonrho* précitée, p. 823, par. 222); ou encore (c) la transparence en matière de prix et de coûts, laquelle rend plus facile la coordination des comportements des entreprises (*idem*, p. 825, par. 227).

⁵⁵ RS 0.632.20, Annexe 1B (GATS).

ces principes dans ce domaine⁵⁶. Par exemple, la liste d'engagements spécifiques de la Suisse⁵⁷ reprend pour commencer, comme principe de base, la théorie bien connue en droit de la concurrence des facilités essentielles⁵⁸. Ce document prévoit ensuite que des mesures appropriées devront être appliquées en vue «d'empêcher des fournisseurs qui, seuls ou ensemble, sont un fournisseur principal, d'adopter ou de maintenir des pratiques anti-concurrentielles»⁵⁹.

Cette tendance se retrouve naturellement en *droit interne*. La clause de but de la LTC affirme clairement que cette loi doit «permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunication»⁶⁰. Ce principe est à nouveau exprimé dans le domaine de la téléphonie mobile où l'octroi d'une concession «ne doit pas constituer un grave obstacle à une concurrence efficace à moins que cela ne soit justifié par des raisons d'efficacité économique»⁶¹. Cette dernière disposition s'inspire fortement du système et de la terminologie de la loi sur les cartels⁶². Le droit des télécommunications fait un pas de plus en indiquant que la Commission fédérale de la communication

⁵⁶ *Idem* (à la suite des annexes GATS sur les télécommunications et les négociations sur les télécommunications de base). Le titre complet est «Quatrième Protocole concernant l'Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base de l'Accord général sur le commerce des services», conclu le 15 avril 1997 (entré en vigueur pour la Suisse le 5 février 1998).

⁵⁷ Disponible sur le site Internet de l'OMC à l'adresse www.docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/SCHD/GATS-SC/SC83S4.WPF.

⁵⁸ A ce sujet, cf. en particulier KATHARINA SCHINDLER, *Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht: die «Essential Facility» – Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht*, Berne 1998. Également BARBARA HÜBSCHER/PIERRE RIEDER, «Die Bedeutung der «Essential facilities» Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht», in: SIC! 5/1997, p. 439.

⁵⁹ 4^{ème} Protocole GATS (note 56), section 1.2. Sur ces questions, CHRISTIAN BOVET/PHILIPPE GUGLER, «Connecting regulations and competition law: a Swiss perspective on liberalization», in: *Law and contemporary problems, 2000-2001* (à paraître). Cet article sera aussi disponible avec des contributions d'autres auteurs sur des sujets proches à l'adresse Internet www.law.duke.edu/journals/lcp/index.htm.

⁶⁰ Art. 1 al. 2 LTC.

⁶¹ Art. 23 al. 4 phr. 1 LTC.

⁶² Cf. art. 5 al. 1 LCart, selon lequel: «Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites».

consulte l'autorité de la concurrence sur des points relevant du domaine d'expertise de cette dernière⁶³.

Les autorités de la concurrence peuvent aussi intervenir de manière indépendante, sur la base des règles propres à leur compétence: en Suisse, la loi sur les cartels; dans l'Union européenne, les art. 81 et 82 CE avec la réglementation qui leur est liée. Dans un premier temps, il s'agit de prévenir des abus de positions dominantes, que ce soit des pratiques d'entrave ou d'exploitation⁶⁴. Il s'agit en effet d'empêcher l'ancien monopoliste de tirer profit de sa situation privilégiée dans la phase précédant l'ouverture du marché ou dans les premiers temps de celle-ci. L'autorité de la concurrence a même fait un pas de plus en forçant en quelque sorte la libéralisation du marché de l'électricité avant l'entrée en vigueur de la LME et même avant son adoption par le Parlement fédéral et son éventuelle confirmation ou infirmation par le Peuple suisse. En se fondant sur les art. 4 al. 2 et 7 LCart, elle a en effet considéré que:

«Il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace [...].

A défaut de motifs justificatifs de nature objective («*legitimate business reasons*»), un tel refus opposé à un fournisseur concurrent par un opérateur de réseau électrique apparaît en principe contraire à l'idée d'une concurrence basée sur les performances des entreprises où les acheteurs devraient pouvoir librement choisir leur fournisseur en fonction de leurs besoins et de la qualité des offres qui leurs sont soumises. [...]

[...] le refus de contracter de la part d'une entreprise en position dominante peut être abusif même s'il ne constitue pas à proprement parler

⁶³ Art. 23 al. 4 phr. 2 LTC. Cf. également art. 11 al. 3 *in fine* LTC: «Pour juger si un fournisseur a une position dominante, l'office consulte la Commission de la concurrence». Lorsqu'elle est consultée, la Commission de la concurrence doit prendre position dans un délai de quatre semaines (art. 45 OST).

⁶⁴ A titre d'illustration en droit suisse de la concurrence, cf. RPW/DPC 1997/2, p. 161 *Blue Window*; RPW/DPC 1997/4, p. 506 *Telecom PTT (Fachhändlerverträge)*; RPW/DPC 1999/2, p. 204 *Teleclub AG c. Cablecom*.

une discrimination; il peut y avoir abus notamment lorsque le refus a pour effet d'exclure les concurrents d'un marché.»⁶⁵

Plusieurs enquêtes semblables sont pendantes⁶⁶. Cette manière de faire soulève certaines questions de légalité, dans la mesure où ces actions – à caractère quasi politiques – interviennent alors qu'un processus législatif est en cours⁶⁷. L'autorité de la concurrence a toutefois considéré que la législation *cantonale* ne fondait aucune réserve au sens de l'art. 3 al. 1 LCart et, en particulier, que la réglementation applicable était neutre du point de vue de la concurrence et ne conférait aucun droit de nature exclusive à l'entreprise – pourtant monopoliste – concernée sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finaux⁶⁸.

L'évolution des marchés amène rapidement les autorités de la concurrence à intervenir aussi pour prévenir les effets négatifs des deux autres phénomènes dont elles ont la charge. La Commission CE s'intéresse ainsi de près à la situation en matière d'itinérance mobile (*roaming*)⁶⁹. En raison de l'usage des ressources limitées que sont les fréquences de radiocommunication, ce secteur se caractérise en effet par une structure fortement oligopolistique⁷⁰. Des comportements concertés, constitutifs d'*accords* au sens de l'art. 81 CE, pourraient notamment être favorisés par les arrangements mis en place au sein de la GSM Association⁷¹. Cette structure est aussi propice aux abus de

⁶⁵ RAPPORT FINAL DU SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION DE LA CONCURRENCE, du 9 juin 2000, RPW/DPC 2000/2, p. 159 s., n° 42-46 *Watt/Migros – EEF*. Sur cette base, la Commission a décidé d'ouvrir une enquête.

⁶⁶ Outre l'enquête relative aux EEF (note 65), on citera les enquêtes portant sur le Service intercommunal d'électricité de Renens (ouverture le 7 septembre 2000) et Elektra Baselland (ouverture le 4 août 2000). Sur ces aspects, voir ANDRAS PALASTHY, «Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG)», in: PJA/AJP 2000/3, p. 298; BOVET/GUGLER (note 59).

⁶⁷ Pour une réflexion approfondie sur le sujet, cf. RUDOLF RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht – Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Bâle 2000.

⁶⁸ RPW/DPC 2000/2, p. 156 s. n° 22 *Watt/Migros – EEF*.

⁶⁹ En particulier, EUROPEAN COMMISSION (DG COMPETITION), *Working document on the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges*, du 13 décembre 2000, disponible à l'adresse Internet www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/working_document_on_initial_results.pdf.

⁷⁰ *Infra* Règle 5.

⁷¹ En particulier, son accord standard de roaming international (STIRA) et les informations échangées dans le cadre du GSM Association InfoCentre. Document de travail cité *supra* note 69, p. 20 ss.

position dominante collective, une situation proche des accords⁷². Pour sa part, l'autorité suisse mène actuellement une enquête contre les trois opérateurs de téléphonie mobile de notre pays; l'un des intérêts de cette investigation est qu'elle se fonde sur des indices de *position dominante collective* – en particulier dans le montant et la structure des prix – et que l'enquête a été ouverte sur la base, à la fois, des art. 5 (accords illicites) et 7 LCart (abus de position dominante)⁷³.

Enfin, pour des raisons stratégiques et financières, il existe aujourd'hui une tendance marquée à la *concentration* dans les secteurs de la communication et des médias électroniques. L'une des décisions les plus connues et les plus utiles concerne la fusion *WorldCom/MCI*, en 1998⁷⁴. Cette décision a posé un certain nombre de principes en termes de définition de marché dans ce domaine, mais aussi quant aux mesures – en particulier de désinvestissement⁷⁵ – à prendre par les parties lorsque l'opération crée ou renforce une position dominante. Ces standards ont pu être appliqués à d'autres fusions, comme l'acquisition de Mannesmann par Vodafone⁷⁶.

⁷² Document de travail cité *supra* note 69, p. 3 s. et 23 ss. Sur la notion de dominance collective, voir note 54.

⁷³ FF 2000 2826.

⁷⁴ Décision de la Commission du 8 juillet 1998, affaire IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, JOCE 1999 L 116, p. 1.

⁷⁵ Ce désinvestissement, qui a consisté dans la vente pour un montant de l'ordre de USD 1,75 milliard de l'ensemble des activités Internet de MCI, représente l'une des plus grandes si ce n'est la plus grande opération de ce genre à ce jour. Communiqué de presse du Département de Justice des Etats-Unis du 15 juillet 1998 («Largest divestiture of company in merger history»).

⁷⁶ Décision de la Commission du 12 avril 2000, affaire N IV/M.1795, *Vodafone Airtouch/Mannesmann*. Voir également: décision de la Commission du 13 octobre 2000, affaire N IV/M.2050, *Vivendi/Canal+/Seagram*, JOCE 2000 C 311, p. 3; décision de la Commission du 11 août 2000, affaire N IV/M.2016, *France Telecom/Orange*, JOCE 2000 C 261, p. 6; décision de la Commission du 31 juillet 2000, affaire N IV/M.1954, *ACS/Sonera Vivendi/Xfera*, JOCE 2000 C 234, p. 6; décision de la Commission du 20 juillet 2000, affaire JV.48, *Vodafone/Vivendi/Canal+*, communiqué de presse IP/00/821; décision de la Commission du 11 octobre 2000, affaire M.1845, *AOL/Time Warner*, communiqué de presse IP/00/1145; décision de la Commission du 20 décembre 1999, affaire N IV/M.1760, *Mannesmann/Orange*; décision de la Commission du 21 mai 1999, affaire N IV/M.1430, *Vodafone/Airtouch*, JOCE 1999 C 295, p. 2; décision de la Commission du 28 juin 2000, affaire M.1741, *MCI/WorldCom Sprint*, communiqué de presse IP/00/668.

Règle 5: La nature des ressources et d'autres circonstances portant sur la libéralisation du marché, notamment son état et son étendue, doivent être prises en compte lors des procédures d'allocation de ressources.

Toutes conditions remplies⁷⁷, un fournisseur de services de téléphonie *fixe*, qui exploite de manière indépendante une partie importante des installations de télécommunication utilisées pour la transmission, a le droit de recevoir une concession⁷⁸. Par contre, l'octroi de concessions de téléphonie *mobile* fait l'objet d'une procédure particulière d'attribution⁷⁹. Cela tient au fait que ces ressources sont limitées et que les fréquences ne peuvent être attribuées qu'à un nombre restreint d'opérateurs⁸⁰. En substance, l'autorité concédante a le choix entre deux procédures: la mise aux enchères (*auctions*) ou une sélection selon des critères déterminés (*beauty contests*).

Le choix de l'une ou l'autre de ces procédures donne généralement lieu à des controverses. On trouve parfois les mêmes personnes critiquant le choix d'une procédure, après l'avoir, lors d'une attribution antérieure similaire, soutenue ou fortement recommandée. En tant qu'autorité indépendante, le régulateur doit apprendre à vivre avec ces incohérences. Sans vouloir en aucune manière être exhaustif, on peut présenter ainsi les arguments généralement avancés de part et d'autre⁸¹:

⁷⁷ Art. 6 al. 1 et 2 LTC et 2 ss OST.

⁷⁸ Art. 6 al. 3 LTC.

⁷⁹ Art. 24 LTC et 8 à 11 LTC.

⁸⁰ Ces considérations s'appliquent non seulement pour les 2^{ème} (GSM) et 3^{ème} générations (UMTS) de téléphonie mobile, mais également pour d'autres technologies faisant appel aux fréquences (en particulier, le WLL). L'acronyme GSM signifie «Global System for Mobile Communications». Voir www.gsmworld.com/index1.html. Quant à l'UMTS, il s'agit de l'abréviation pour «Universal Mobile Telecommunications System». Cf. à ce propos la notice d'information de l'OFCOM disponible à l'adresse Internet www.bakom.ch/fre/subsubpage/document/239/1587. Enfin, la boucle locale sans fil (ou «Wireless Local Loop») est une technologie utilisant les fréquences et permettant par ce biais d'éviter le – certains diront d'échapper au – raccordement obligatoire à l'ancien monopoliste sur le dernier kilomètre (*last mile*); elle donne par ailleurs la possibilité d'utiliser de manière mobile et indépendante des équipements de télécommunication dans un périmètre déterminé. A ce propos, des informations figurent à l'adresse Internet www.bakom.ch/fre/subpage/?category_99.html.

⁸¹ Le tableau qui suit est en partie le résultat d'échanges avec mon ami PETER STERN, consultant international en télécommunications, qui défend actuellement plutôt les procédures de sélection par critères. Qu'il trouve ici mes modestes remerciements pour avoir ainsi enrichi ce débat.

Attribution par enchères	Sélection par critères
<p>Les enchères permettent d'allouer les fréquences d'une manière transparente, objective et non discriminatoire. Le montant de la dernière offre constitue un critère correspondant à toutes ces caractéristiques.</p>	<p>La sélection par critères permet de modérer de manière détaillée les concessions et de les adapter aux conditions particulières de l'objet à allouer. Il y a toutefois une certaine part de subjectivité (naturelle).</p>
<p>Résultat: «Le plus riche l'emporte». Le montant des offres dépend toutefois fortement des circonstances du moment, en particulier en termes de marché (y compris financier) et d'informations disponibles. Le même type de biens (fréquences) peut être attribué à un prix jugé élevé dans un marché et à un moment donné, puis jugé bas dans un autre marché et à un autre moment.</p>	<p>Résultat: «Le plus compétent l'emporte». L'autorité concédante peut en particulier prendre en compte des éléments comme la capacité innovatrice d'un candidat ou la qualité de son management. L'autorité concédante peut cependant fixer une redevance de concession jugée exagérée par certains candidats potentiels ou amener des candidats à se retirer.</p>
<p>Un montant élevé oblige l'opérateur à développer son réseau de manière efficace et attractive pour rentabiliser au mieux son investissement. Cette somme importante constitue une véritable motivation. En définissant les mécanismes d'enchères, l'autorité concédante peut (et doit) toutefois prendre, un certain nombre de précautions afin d'éviter une escalade incontrôlable du prix des concessions. Les expériences récentes ont par ailleurs démontré que les enchères ne conduisaient pas nécessairement à des montants exorbitants et la sélection par critères à des prix bas.</p>	<p>Les montants élevés payés par les candidats dans le cadre de procédures d'enchères:</p> <ul style="list-style-type: none"> - préférentiellement le développement du réseau en raison des amortissements et intérêts importants à payer - sont reportés sous forme de prix plus élevés et de services de moindre qualité - augmentent le degré de concentration dans ce secteur et favorisent les accords - conduisent à la faillite des opérateurs
<p>Comme le montant offert est l'élément principal, il est difficile d'imposer des charges et des conditions dans une procédure d'enchères. On notera toutefois que les candidats font généralement l'objet d'une première sélection qui peut prendre en compte ces éléments. Il est toutefois vrai que l'examen se fait à un stade préliminaire, sur la base d'un dossier moins détaillé que dans la procédure de sélection par critères.</p>	<p>Des charges et des conditions peuvent être imposées facilement dans une procédure de sélection par critères (par exemple respect de l'environnement, couverture du territoire ou de la population, formation professionnelle, etc.). En effet, la capacité des opérateurs de respecter celles-ci sont intégrées comme critère d'adjudication dans l'appréciation finale.</p>
<p>La procédure d'enchères est plus favorable aux finances de l'Etat dont dépend l'autorité concédante, dans la mesure où les enchères se terminent par le paiement de sommes importantes. A nouveau, on notera que les expériences récentes ont par ailleurs démontré que les enchères ne conduisaient pas nécessairement à des montants exorbitants et la sélection par critères à des prix bas. Enfin, le paiement d'un prix élevé ne doit jamais être le but poursuivi par l'autorité concédante qui doit privilégier les principes énoncés dans la première section de ce tableau.</p>	<p>La procédure de sélection par critères permet de fixer un prix raisonnable qui encourage des investissements élevés, l'innovation, une qualité supérieure de services, des prix modérés pour les usagers, etc. L'économie dans son ensemble bénéficie ainsi des conséquences positives de ce choix. Il y a ici un effet multiplicateur qui profite en fin de compte à l'Etat percepteur. Il faut toutefois indiquer que la fixation de ce prix juste est extrêmement difficile et dépend d'éléments extérieurs aussi aléatoires que ceux amenant à la fixation du prix final d'enchères. De même, certaines autorités concédantes fixent des redevances de concession élevées lorsqu'elles adoptent la procédure de sélection précitée.</p>

Règle 6: Des éléments extérieurs au réseau doivent être pris en compte lors de la libéralisation d'un marché. Il peut en effet y avoir des influences réciproques entre ceux-ci et les réseaux actuels et nouveaux.

Le développement de nouveaux réseaux a bien entendu un impact sur l'environnement. Chacun connaît les débats sur les «forêts d'antennes» qui ont accompagné l'ouverture du marché de la téléphonie mobile⁸². Ces discussions reprennent régulièrement au gré de l'octroi de nouvelles concessions⁸³ ou de la mise en œuvre d'autres technologies utilisant les fréquences de radiocommunication⁸⁴. Or, il faut souligner que, du point de vue de l'*aménagement du territoire*, l'installation d'antennes de téléphonie mobile ne bénéficie pas d'exemptions de droit fédéral et qu'elle est donc en principe sujette à autorisation⁸⁵. En résumé, les installations de téléphonie mobile en zone à bâtir sont réputées conformes à l'affectation de la zone⁸⁶; par contre, celles situées en dehors de cette zone sont réputées ne pas l'être et l'art. 24 LAT s'applique⁸⁷. Dans ce dernier cas, les autorités reconnaissent d'abord qu'il y a généralement un intérêt prépondérant à ce qu'une région soit raccordée à un réseau de téléphonie mobile⁸⁸. Lorsqu'il existe déjà une telle couverture, il convient d'établir un double intérêt prépondérant, à savoir (i) la mise en place d'un nouveau réseau (ii) physiquement indépendant du réseau existant⁸⁹.

Les opérateurs de téléphonie mobile doivent aussi prendre en compte les strictes conditions imposées dans le domaine de la *protection de l'environne-*

⁸² On se bornera à rappeler ici l'octroi en 1998 des concessions GSM (note 80).

⁸³ Tel est le cas avec les quatre concessions UMTS (note 80).

⁸⁴ En particulier, le WLL (note 80).

⁸⁵ Au niveau du Tribunal administratif tessinois, RDATE II-1994, p. 71 s. n° 35 (= DC 1995, p. 11 n° 7); puis au niveau du Tribunal fédéral, RDATE II-1996, p. 195 n° 58 (= DC 1997, p. 29 n° 124). Voir également OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ODT), *Aide-mémoire concernant les relations entre les installations de téléphonie mobile et l'aménagement du territoire* (juin 1998/juillet 2000).

⁸⁶ Par exemple GESO 1999 n° 2 (= DC 2000, p. 95 n° 202).

⁸⁷ Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (RS 700). A noter que cette affirmation n'est faite expressément dans l'aide-mémoire que pour la zone agricole. On peut toutefois déduire du texte qui suit ce constat que la non-conformité vaut également pour les zones à protéger, ainsi que d'autres zones semblables définies par le droit cantonal selon l'art. 18 LAT. Sur ces questions, cf. surtout URS WALKER, «Baubewilligung für Mobilfunkantennen; bundesrechtliche Grundlagen und ausgewählte Fragen», in: DC 2000, p. 6 s.

⁸⁸ Voir l'aide-mémoire cité (note 85).

⁸⁹ Voir l'aide-mémoire cité (note 85). Pour plus de détails, cf. CHRISTIAN BOVET, «Construction et télécommunications», in: *Institut pour le droit suisse et international de la construction* (éd.), *Journées du droit de la construction 2001*, Fribourg 2001 (à paraître).

ment, des forêts et du paysage⁹⁰. Les cantons ont en effet notamment pour devoir de ménager l'aspect caractéristique et de préserver l'intégrité du paysage et des localités, des sites évocateurs du passé, des curiosités naturelles et des monuments historiques (art. 3 LPN)⁹¹. Ainsi, une autorisation ne doit être délivrée que lorsque cela est nécessaire, après une pesée des intérêts, et, le cas échéant, avec des charges ou des conditions. En principe, une autorisation devrait être refusée lorsque l'installation touche un objet d'importance nationale dûment inventorié (art. 6 LPN); si le canton pense qu'il y aurait un motif pour faire une exception, il doit consulter les autorités fédérales compétentes (art. 7 LPN). De même, la construction d'antennes dans les hauts-marais⁹² et les bas-marais⁹³ d'importance nationale est interdite. Pour les biotopes situés dans des zones alluviales⁹⁴ et les sites marécageux⁹⁵ d'importance nationale, des autorisations ne doivent être accordées qu'à titre exceptionnel et avec des conditions ou charges particulièrement strictes⁹⁶.

Dans ce contexte, on rappellera également que les scientifiques sont divisés quant aux effets sur la santé des rayonnements électriques et électromagnétiques (*electrosmog* créé notamment par le courant électrique [y compris le rayonnement créé par les lignes aériennes]⁹⁷, les ondes hertziennes [typiquement les antennes de téléphonie mobile], les micro-ondes, mais aussi les rayons infrarouges, les écrans cathodiques ... et les émissions provenant de radars de vitesse). Le nombre d'appareils qui émettent du rayonnement

⁹⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEFP/BUWAL), *Mobilfunkantennen: Berücksichtigung der Erfordernisse des Natur- und Landschaftsschutzes sowie der Walderhaltung*, Notice OFEFP du 30 octobre 1998.

⁹¹ Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (RS 451).

⁹² Art. 5 de l'ordonnance sur la protection des hauts-marais et des marais de transition d'importance nationale (RS 451.32; Ordonnance sur les hauts-marais).

⁹³ Art. 5 de l'ordonnance du 7 septembre 1994 sur la protection des bas-marais d'importance nationale (RS 451.33; Ordonnance sur les bas-marais).

⁹⁴ Art. 4 de l'ordonnance sur la protection des zones alluviales d'importance nationale (RS 451.31; Ordonnance sur les zones alluviales).

⁹⁵ Art. 4 al. 1 et 5 al. 2 lit. d de l'ordonnance sur la protection des sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale (RS 451.35; Ordonnance sur les sites marécageux).

⁹⁶ Notice de l'OFEFP (note 90), p. 2 s.

⁹⁷ A titre d'illustration, cf. ATF 124 II 219 (= DC 1998, p. 99 s., avec un commentaire très complet de PETER HÄNNI). Également JAAC 59/1995 n° 62, p. 515 (= DC 1996, p. 23 s. n° 65) et ATF 116 Ib 265 (= DC 1991, p. 74 n° 134).

non ionisant ne cesse d'augmenter et avec les préoccupations à leur égard⁹⁸. L'intensité de ce rayonnement varie en fonction de l'équipement ou appareil et de son utilisation.

Or, la loi fédérale sur la protection de l'environnement exige que des mesures soient prises pour limiter les émissions provenant de rayonnements électromagnétiques⁹⁹. Dans un premier temps, les autorités se sont fondées sur les standards internationaux existants pour fixer la mesure acceptable dans le domaine des émetteurs de téléphonie mobile¹⁰⁰. L'ORNI visait à combler cette lacune dans la réglementation suisse¹⁰¹. Ce texte tend aussi à régler de manière exhaustive ces questions; il en résulte qu'une interdiction complète, contenue dans un règlement communal, d'ériger des antennes de téléphonie mobile sur l'ensemble du territoire communal non seulement viole le but de la LTC, mais est aussi contraire à la LAT et à l'ORNI¹⁰².

En matière de téléphonie mobile, ces deux catégories d'installations ont dû respecter immédiatement la valeur limite de l'installation¹⁰³ dans:

- *les lieux à utilisation sensible*, soit (a) les locaux d'un bâtiment dans lesquels des personnes séjournent longuement (locaux d'habitation,

⁹⁸ Pour constater cela, il suffit d'effectuer une recherche sur Internet au moyen de moteurs de recherche comme Google www.google.com/ ou d'annuaires de recherche comme Yahoo www.yahoo.com, Alta Vista www.altavista.com et Lycos www.lycos.ch/.

⁹⁹ RS 814.01 (LPE). En particulier, art. 11-13 (limitation des émissions) et 16 (obligation d'assainir). Sur le fait que les rayonnements électromagnétiques constituent des atteintes au sens de l'art. 7 al. 1 LPE, voir AGVE 1995, p. 565 (= DC 1997, p. 27 n° 107). A noter aussi un ATF de 1996 où notre Haute Cour a notamment considéré que «le droit fédéral n'exige pas que l'on examine déjà au stade de l'autorisation préalable au sens du droit cantonal genevois la nécessité de mesures de limitation des émissions à titre préventif au sens de l'art. 11 al. 2 et 12 al. 1 LPE». DEP 1997, p. 534 (= DC 1998, p. 18 n° 74, avec un commentaire intéressant de JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY).

¹⁰⁰ En particulier, DEP 1999, p. 179 (= DC 1999, p. 238). Également la décision parue dans l'AGVE 1995 citée à la note précédente et DEP 1996, p. 102 (= DC 1998, p. 27 n° 139). On indiquera aussi deux excellents articles parus avant l'introduction de la nouvelle réglementation: PETER SALADIN, «Schutz vor nicht-ionisierten Strahlen nach schweizerischem Recht», in: DEP 1992, p. 489, et ROBERT WOLF, «Elektrosmog: Zur Rechtslage bei Erstellung und Betrieb von ortsfesten Anlagen», DEP 1996, p. 103.

¹⁰¹ Ordonnance déjà citée (note 52). Sur l'inconstitutionnalité d'une application anticipée du projet d'ORNI, voir DEP 1999, p. 816 (= DC 2000, p. 105 n° 290). Cpr communiqué de presse du DETEC du 16 février 1999.

¹⁰² ATF 126 II 396; DEP 2000, p. 267 (= DC 2000, p. 95 n° 201).

¹⁰³ Cette valeur est définie au ch. 64 de l'annexe 1 à l'ORNI. Voir également l'annexe 2 de l'ORNI sur les valeurs limites d'immissions (fréquences utilisées en téléphonie mobile: 900/1800 MHz).

bureaux que les travailleurs occupent la plus grande partie de leur temps de travail, écoles, hôpitaux, homes pour personnes âgées, etc.)¹⁰⁴, (b) des places de jeux publiques ou privées définies dans un plan d'aménagement et (c) les surfaces non bâties sur lesquelles des activités telles que celles qui viennent d'être définies sont permises (par exemple terrains vagues)¹⁰⁵ (art. 3 al. 3 ORNI)¹⁰⁶, et

- *le mode d'exploitation déterminant*, soit «le mode d'exploitation dans lequel un maximum de conversations et données est transféré, l'émetteur étant au maximum de sa puissance»¹⁰⁷.

Pour le surplus, l'art. 13 ORNI prévoit que les valeurs limites d'immissions définies par l'annexe 2 de l'ordonnance doivent être respectées «partout où des gens peuvent séjourner». Il faut distinguer cette notion de celle de «lieu à utilisation sensible». En effet, l'art. 13 ORNI vise des endroits comme les prairies, les forêts ou les chemins pédestres¹⁰⁸.

En l'état, l'interprétation et l'application de l'ORNI ne sont pas dénuées de certaines difficultés¹⁰⁹. Ainsi, son annexe 1 définit une «installation» comme «toutes les antennes émettrices de radiocommunication [...] sur un mât ou se trouvant à proximité les unes des autres, notamment sur le toit d'un même bâtiment» (ch. 62). La pratique des autorités zurichoises est actuellement de retenir dans ce domaine un rayon de 100 mètres comme périmètre de proximité. Cette vision est contestée par les opérateurs qui y voient un obstacle supplémentaire au développement de leurs réseaux¹¹⁰. De même, l'interpréta-

¹⁰⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEFB/BUWAL), *Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI), Rapport explicatif du 23 décembre 1999*, p. 12.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Voir aussi l'art. 16 ORNI qui prévoit que les zones à bâtir ne doivent être définies que là où les valeurs limites de l'installation sont respectées ou peuvent l'être grâce à des mesures de planification ou de construction.

¹⁰⁷ Annexe 1 à l'ORNI, ch. 63.

¹⁰⁸ Rapport de l'OFEFB (note 104), p. 15.

¹⁰⁹ Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer à au moins deux reprises, quant au fond, sur la portée de l'ORNI. Outre le caractère exhaustif de cette réglementation (note 102), notre Haute Cour s'est appuyée sur les valeurs figurant dans les deux annexes pour nier à un recourant une quelconque qualité pour recourir (ATF du 26 octobre 2000 [cause n° 1A.194/2000/odi]). Nul doute que d'autres procédures viendront encore préciser le sens de cette ordonnance.

¹¹⁰ *Neue Zürcher Zeitung*, du 18 janvier 2001, p. 35 («Strenge Auslegung der Bestimmungen – Antennen innerhalb von 100 Metern gelten als Gesamtanlage»).

tion de la notion d'installation de radiocommunication à faisceaux hertziens semble causer quelques problèmes dans le secteur WLL. Enfin, la marge d'erreur de calcul pour les valeurs de l'ORNI semblerait parfois être mise au détriment des opérateurs de téléphonie mobile.

Le législateur a incorporé dans la *loi sur les télécommunications* les intérêts publics que nous venons d'évoquer: protection de l'environnement, du paysage, aménagement du territoire¹¹¹. Il a en effet prévu la possibilité pour l'OFCOM, dans de telles circonstances, de contraindre des opérateurs à partager leurs installations ou des emplacements d'émetteurs. Cette disposition constitue en quelque sorte le point de jonction entre les différentes réglementations applicables¹¹². En particulier, la co-utilisation d'installations et le regroupement d'antennes peuvent être imposées comme conditions à une autorisation accordée selon l'art. 24 LAT¹¹³.

Pour terminer, on soulignera que, dans le secteur suisse de l'*électricité*, la création d'une société du réseau de transport¹¹⁴ ne modifiera pas la situation environnementale, puisque cette solution ne générera pas de nouveaux réseaux¹¹⁵. Le débat porte en revanche sur le possible afflux vers la Suisse, au moment de l'ouverture du marché, d'énergies non-renouvelables (meilleur marché). Comme ces aspects sortent du cadre de cette contribution, nous nous limiterons à signaler qu'en l'état, la LME prévoit dans ses dispositions transitoires que dans les dix ans qui suivront l'entrée en vigueur de la loi, le Conseil fédéral pourra, à certaines conditions, exempter du paiement de la

¹¹¹ Art. 36 al. 2 LTC. Pour plus de détails, cf. BOVET (note 41).

¹¹² Dans ce sens, afin d'assister les opérateurs mais aussi une plus large audience, l'OFCOM a pour sa part publié sur son site une série de documents relatifs aux questions d'environnement et d'aménagement du territoire (www.bakom.ch/fre/subpage/?category_110.html). Il s'agit d'une première contribution importante pour permettre le développement des réseaux dans le cadre légal mis en place par le législateur suisse. La multiplicité des sources légales exige en effet un grand effort de coordination tant au niveau cantonal qu'au niveau fédéral. Ce travail doit être accompli par les autorités, mais aussi par les opérateurs; ceux-ci devront en particulier soumettre leur projet d'implantation d'antennes sous la forme d'ensembles cohérents, et non procéder à des demandes d'autorisations au coup par coup. Aide-mémoire de l'ODT (note 85), p. 2.

¹¹³ Aide-mémoire de l'ODT (note 85), p. 2.

¹¹⁴ *Supra* Règle 1.

¹¹⁵ On se bornera à rappeler ici que la LME met par ailleurs en place un régime d'interconnexion entre des réseaux (*Supra* Règle 2).

rétribution d'acheminement l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables¹¹⁶.

Règle 7: L'élaboration de règles nationales, la jurisprudence ainsi que la pratique des régulateurs doivent prendre en compte une dimension internationale omniprésente dans ces domaines.

C'est une tautologie que d'affirmer que les réseaux ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Il n'est dès lors pas étonnant que les réglementations nationales subissent fortement l'influence des mouvements législatifs internationaux. On peut le démontrer aisément en considérant, à titre d'illustration, les éléments suivants:

- Les règles figurant dans certains accords internationaux sont rédigées de manière suffisamment détaillée pour que l'on puisse admettre un *effet direct* de ceux-ci dans les secteurs concernés¹¹⁷. Pour ces domaines, il n'est en conséquence pas nécessaire que des normes de droit interne soient mises en place pour que ces dispositions internationales s'appliquent. A notre avis, tel est notamment le cas des engagements pris par les Etats membres de l'OMC dans le cadre du 4^{ème} Protocole GATS¹¹⁸. Il paraît à tout le moins surprenant que ces engagements qualifiés littéralement de «*spécifiques*» par ces Etats ne le soient plus lorsque invoqués devant une juridiction nationale. Par ailleurs, le Tribunal de Première Instance CE a reconnu dans une décision récente le caractère détaillé de certaines règles du GATT 94 – contrairement à celles du GATT 47¹¹⁹. Sans aller toutefois jusqu'à l'application directe, puisque ce pas n'était pas nécessaire, la juridiction communautaire a prôné une *interprétation*

¹¹⁶ Art. 29 LME. En outre, on se bornera à rappeler ici que les différents objets soumis en votation populaire le 24 septembre 2000 (redevance en faveur des énergies renouvelables et redevance incitative) ont été rejetés.

¹¹⁷ Sur les différentes méthodes d'intégration du droit international public dans le droit interne, par exemple GEORGES PERRIN, *Droit international public: Sources, sujets, caractéristiques*, Zurich 1999, p. 820 ss. Plus spécifiquement, sur l'effet direct du droit communautaire, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Le juge suisse face au droit européen*, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1993, p. 390 ss.

¹¹⁸ *Supra* note 56.

¹¹⁹ Arrêt du TPICE dans l'affaire T-256/97, *Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) c. Commission*, RJCE 2000 II-127, § 66 s.

conforme aux engagements internationaux des normes de droit incorporant la réglementation du GATT 94¹²⁰.

- L'*eurocompatibilité* est un principe bien connu de notre système législatif. Il consiste à prendre en compte la réglementation européenne dans l'élaboration de nouvelles lois, ordonnances ou directives, avec l'objectif, bien entendu, de rendre le second groupe de normes compatible avec le premier¹²¹. Cette recherche de la compatibilité se retrouve par exemple dans la LME¹²². Elle a été poussée très loin dans la réglementation sur les télécommunications puisque certaines ordonnances – dont l'objet impose une eurocompatibilité complète – renvoient expressément à la réglementation européenne¹²³.
- Dans son projet de révision de la LRTV, le Conseil fédéral innove et ouvre encore les portes vers l'étranger en proposant des règles explicites d'*entraide administrative internationale* fortement inspirées par celles que l'on trouve actuellement en droit bancaire et financier¹²⁴. Ces dispositions permettraient en particulier à la ComCom de transmettre des données à des autorités de surveillance étrangères dans le domaine des télécommunications, «y compris des données sensibles et des profils de la personnalité générés au cours de procédures administratives ou pénales administratives»¹²⁵.

¹²⁰ *Ibidem*. La Cour de Justice CE avait pris une approche similaire dans l'affaire C-53/96 *Hermès International c. FHT Marketing Choice BV*, 1998 RJCE I-3647, par. 28. Également CHRISTIAN BOVET, «Réception du droit public étranger en Suisse», *Rapport à la Société suisse des Juristes*, fasc. 3, Bâle 2000, p. 300, avec d'autres références à la note 63.

¹²¹ Pour plus de détails et des références, cf. BOVET (note 120), p. 292 s.

¹²² Par exemple NICLA HAEFLIGER, *Die Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in der Europäischen Gemeinschaft – Unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Auswirkungen der EU-Richtlinie für einen Elektrizitätsbinnenmarkt auf die Schweiz*, Cahiers suisses de l'intégration européenne 13, Berne 1997.

¹²³ Par exemple art. 1 lit. b OST qui définit ainsi une ligne louée: «la fourniture de capacités de transmission, au sens de la directive du Conseil du 5 juin 1992 sur l'application du principe de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (92/44/CEE)». La note de bas de page relative à cette disposition dans l'ordonnance indique par ailleurs que le texte de cette directive peut être obtenu auprès de l'OFCEM. Cf. également art. 3 OIT.

¹²⁴ Art. 23^{sexies} LB et 38 LBVM.

¹²⁵ Art. 13b (nouveau) LTC figurant dans le projet de loi de décembre 2000 (note 6).

III. Conclusions

En espérant secrètement que d'autres sauront les compléter, les développer ... ou les contredire, nous reprenons ici les sept règles que nous avons présentées dans cette contribution:

1. L'ouverture d'un marché à la concurrence exige généralement que certains changements importants soient apportés à la structure des anciens monopolistes. En effet, ceux-ci étaient souvent, auparavant, entièrement intégrés à l'administration. Il y a donc lieu de leur donner une véritable indépendance économique.
2. L'ouverture d'un secteur économique fondé par nature sur le concept de réseau nécessite la mise en place de mécanismes pour permettre aux entreprises d'accéder à leurs clients et de leur fournir leurs services.
3. Les coûts, en particulier leur définition et leur calcul, jouent un rôle essentiel dans la mise en place d'un régime libéralisé efficace.
4. Le droit de la concurrence est très présent dans le processus de libéralisation et les autorités de la concurrence sont appelées à agir parallèlement au régulateur ou à ses côtés.
5. La nature des ressources et d'autres circonstances portant sur la libéralisation du marché, notamment son état et son étendue, doivent être prises en compte lors des procédures d'allocation de ressources.
6. Des éléments extérieurs au réseau doivent être pris en compte lors de la libéralisation d'un marché. Il peut en effet y avoir des influences réciproques entre ceux-ci et les réseaux actuels et nouveaux.
7. L'élaboration de règles nationales, la jurisprudence ainsi que la pratique des régulateurs doivent prendre en compte une dimension internationale omniprésente dans ces domaines.

L'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS L'ÉCONOMIE

BLAISE KNAPP

Professeur honoraire à l'Université de Genève

En cette période de privatisation et de libéralisation, il paraît approprié de se poser la question du rôle de l'Etat dans l'économie¹.

On sait que le constituant de 1999 s'est gardé toutes les possibilités ouvertes. En effet, si les anciens art. 31 et 31^{bis} Cst. garantissaient la liberté économique et ne donnaient pour buts de la politique économique que l'augmentation du bien-être général et la recherche de la sécurité économique, si l'art. 27 de la nouvelle constitution continue à garantir la liberté économique, l'art. 94 pose les principes de l'ordre économique: respect de la liberté, sauvegarde des intérêts de l'économie nationale, création d'un environnement favorable à l'économie privée, contribution «avec le secteur de l'économie privée à la prospérité et à la sécurité économique de la population».

Il nous a paru intéressant de nous interroger sur le rôle et la «contribution» de l'Etat dans un tel contexte.

I. L'Etat régulateur

L'Etat, quoi qu'il arrive, conservera un rôle de régulateur, d'émetteur de règles juridiques générales obligatoires. En effet, on ne saurait imaginer une société dans laquelle des arrangements convenus par des privés ou des codes émis par des privés auraient une force obligatoire aussi pour des tiers qui n'y

¹ Sur la question du rôle de l'Etat en général, voir notre étude «Le rôle de l'Etat dans une société éclatée: la Suisse», *Revue des sciences morales et politiques*, Paris 2000.

auraient pas consenti^{2, 3}. Ainsi, l'Etat devra nécessairement intervenir comme arbitre dans les conflits d'intérêts privés opposés et poser des règles de droit privé afin de les prévenir. De même, seul, il peut donner force obligatoire générale et contraignante à des réglementations privées, notamment à des conventions collectives. Si, comme cela paraît vraisemblable, il laisse une place croissante à des systèmes d'autorégulations privées, à des réglementations professionnelles, il n'interviendra que lorsqu'un dissident les remettra en cause devant une autorité administrative désignée à cet effet ou devant un tribunal en raison de leur contrariété avec l'ordre public au sens du droit privé (qui est peut-être la traduction en droit privé de l'interdiction de l'arbitraire), avec les règles fondamentales du droit privé ou, selon l'art. 35 al. 3 de la nouvelle constitution, parce que les droits fondamentaux ne sont pas réalisés dans les relations entre particuliers alors même qu'«ils s'y prêtent». Face à ces réglementations privées, un tribunal ou une autorité administrative interviendra aussi, au titre de l'art. 35 de la constitution, à la demande de tiers si les réglementations sont par trop unilatéralement favorables à ceux qui les émettent.

Au-delà, l'Etat devra se charger de mettre en place des règles qui empêchent que les activités économiques mettent en danger l'ordre public au sens du droit public ainsi que les valeurs fondamentales de la société en cause plus connues sous le nom d'intérêts publics. Il devra aussi se doter des moyens de faire respecter ces règles.

Il va de soi que les réglementations privées et les activités économiques des privés devront respecter le cadre posé par l'Etat... pour autant que celui-ci respecte l'art. 36 de la constitution relatif à la restriction des droits fondamentaux et les principes de l'art. 94 de la constitution⁴.

² Bien entendu, nous faisons ici abstraction des «règles» obligatoires de fait pour la partie la plus faible qui n'a aucun choix que de se plier à la volonté de celui qui a la puissance économique notamment en raison de son obligation de fait de devoir recourir à ses services.

³ Nous faisons aussi abstraction de l'effet d'obligation morale ou sociale de certains «*gentlemen's agreements*» ou de certains «*Memorandum of understandings*» qui ne tirent leur force obligatoire que de la réprobation que leur violation entraîne au sein de groupes restreints, voire du risque d'«exclusion du club» qu'une telle violation implique.

⁴ A notre sens, les principes de l'art. 94 sont une partie des intérêts publics justifiant... et limitant les interventions de l'Etat régulateur.

Finalement, ce qui caractérise l'intervention de l'Etat comme régulateur, c'est sa nécessité absolue. Elle est le minimum de ce que l'Etat (ou les Etats⁵) doit faire pour maintenir une société relativement pacifique.

II. L'État distributeur de subventions ou d'autres aides

Au-delà de la réglementation, la question se pose de savoir si, dans un domaine particulier, il y a lieu de laisser agir l'initiative privée seule, s'il convient de laisser le domaine en question à l'initiative privée avec une aide technique ou financière de l'Etat ou s'il faut que l'Etat intervienne directement.

Le choix entre ces options devrait être commandé par deux critères cumulatifs: celui de savoir si un intérêt public justifie une intervention plus active de l'Etat et celui de l'efficacité maximale et du coût minimum selon la théorie des coûts/bénéfices chère aux juristes-économistes⁶.

⁵ On peut en effet se demander quel rôle un Etat seul dont le droit ne peut viser que des faits qui ont un lien suffisamment étroit avec son territoire peut avoir face à des entreprises privées qui ne connaissent pas de frontières et ont un choix presque libre de déterminer leur implantation géographique, voire même n'ont aucune implantation en raison de leur caractère virtuel.

On peut aussi s'interroger, du point de vue des entreprises, sur le risque de conflits de règles applicables à des faits qui ont un lien très étroit avec plusieurs ordres juridiques nationaux de contenu distinct mais tous applicables à une même entreprise ou à une même opération.

Notamment la question se pose de savoir s'il faut maintenir le principe de rattachement classique des règles de droit public selon le territoire ou s'il faudrait le remplacer par un principe de rattachement personnel au droit du siège principal de l'entreprise avec un système de reconnaissance de l'application de ce droit par les autres Etats potentiellement compétents et une entraide administrative entre tous les Etats en cause, comme cela a été mis en place par exemple selon les art. 2 al. 2 et 23^{sexies} de la loi fédérale sur les banques (LB, RS 952.0); art. 2 al. 1^{er} et 28 de la loi sur l'assurance dommages (LAD, RS 961.71); art. 2 al. 1^{er} et 17 de la loi sur l'assurance-vie (LassV, RS 961.61); voir aussi, de manière générale, les nombreuses règles sur l'entraide administrative contenues dans les législations de sécurité sociale, de douane ou de commerce d'objets dangereux (par exemple l'art. 42 de la loi sur le matériel de guerre (LFNG, RS 514.51) ou l'art. 20 de la loi sur le contrôle des biens (LCB, RS 946.202)). Un tel rattachement risque cependant d'entraîner une unification du droit en faveur du droit du siège, c'est-à-dire en faveur du droit des Etats les plus développés mais pas nécessairement les plus exigeants.

⁶ Sur la question, on peut lire, par exemple, WERNER W. POMMERHNE/BRUNO FREY, *La Culture a-t-elle un prix?*, Paris 1993; BRUNO FREY/REINER EICHENBERGER, *The New Democratic Federalism for Europe*, Northampton 1999.

Le premier critère aura pour effet de distinguer les cas d'intervention positive de l'Etat de ceux où il se borne à fixer des limites à l'initiative privée par une simple réglementation.

Pour appliquer le second critère, il y aura lieu de procéder, dans chaque situation, à une étude de la relation coût-bénéfice.

Mais la vie en société ne peut pas se réduire à une analyse purement économique, il faut encore que les besoins des citoyens soient satisfaits dans des conditions acceptables pour eux; cet élément de «satisfaction» et d'«adéquation aux besoins» doit aussi être pris en considération dans l'analyse des facteurs permettant de décider quel rôle l'Etat devra jouer.

Lorsque l'Etat décide de ne pas entreprendre lui-même une activité économique, c'est qu'il considère qu'en principe la prospérité et la sécurité économique de la population peuvent tout aussi bien être assurées par des privés et cela à des coûts économiques et sociaux plus raisonnables que ceux qu'entraînerait une intervention directe de l'Etat: son intervention n'est pas d'intérêt public et n'est pas nécessaire.

Mais, alors même qu'en principe les privés peuvent agir seuls de manière efficace, en respectant les lois et la constitution, leur offre de biens ou de services peut être si coûteuse que la question de savoir s'ils doivent être aidés matériellement ou financièrement⁷ se pose.

Le fait même qu'une aide publique est envisagée implique d'une part que l'Etat considère que l'activité en cause est d'intérêt public et qu'il doit participer «à la prospérité et à la sécurité économique de la population» mais aussi d'autre part que l'activité ne peut pas être assurée sans contribution de sa part et que, partant, une telle contribution est d'intérêt public.

La participation financière ou matérielle nécessaire de l'Etat peut se justifier par deux arguments: d'une part, une aide financière ou technique est nécessaire pour que l'activité privée soit entreprise ou accomplie dans les

⁷ Nous faisons ici abstraction de la pseudo subvention qui est appliquée dans la nouvelle gestion publique par laquelle un «budget» est alloué à une entité de droit public décentralisée pour réaliser un mandat de prestations conclu entre cette institution et les organes centraux dans le cadre de politiques générales définies par le législateur; en effet, ces pseudo subventions sont des moyens de «responsabiliser» les responsables de ces entités en leur interdisant en principe de compter sur des «rallonges» budgétaires.

conditions ou aux endroits désirés; d'autre part, une aide financière ou matérielle est nécessaire pour que l'activité ou ses résultats soient mis à la disposition des tiers dans des conditions financièrement supportables pour eux.

Le premier aspect relève de l'intérêt public sous son aspect principalement économique: en effet, une aide financière de l'Etat ne peut, par définition, pas être envisagée si elle n'est pas justifiée par un intérêt public. Il s'agit d'assurer un service public qui ne le serait pas faute d'aide⁸.

Il relève aussi de la proportionnalité sous sa forme de la subsidiarité: l'Etat considère que les privés sont à même de déployer l'activité de manière satisfaisante pour l'intérêt public mais qu'ils ne le feront de manière efficace que s'ils sont aidés financièrement ou matériellement en raison notamment de la faible rentabilité de l'activité; il n'a donc pas de raison de se charger de l'activité d'intérêt public, il peut se contenter de l'aider financièrement et matériellement. Le rapport coût/bénéfice est meilleur dans le cas d'une subvention que dans le cas d'une fourniture directe de l'activité par un organisme d'Etat.

Le second aspect relève de l'intérêt public sous son aspect social: le coût de l'activité d'intérêt public est tel que des mesures doivent être prises pour le réduire en faveur de ses bénéficiaires. La question se pose de savoir si l'activité sera plus économiquement assurée dans ses aspects sociaux par un service étatique financé au moins partiellement par des contributions liées à lui⁹ et partiellement par l'impôt général, et si le versement d'aides à celui qui développe l'activité ou à celui qui en bénéficie¹⁰ est économiquement préférable.

⁸ Voir, notamment la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC, RS 784.10), selon laquelle le monopole des télécommunications des PTT s'est ouvert en ce sens que l'obligation de fournir un service universel a pu être concédée à des entités autres que l'organisme d'Etat. Ainsi un appel d'offres à concession de service universel est ouvert (art. 16); si aucune offre adéquate n'est faite, l'office fédéral des communications peut faire appel à l'un des bénéficiaires d'une concession générale pour assurer le service universel (art. 18); ce concessionnaire peut bénéficier d'une contribution à l'investissement si les investissements nécessaires à ce service ne peuvent pas être amortis dans les délais usuels (art. 19). Il est bien évident que l'«appel» aura lieu en premier lieu auprès de Swisscom qui est contrôlée par la Confédération.

⁹ On pensera ici à des émoluments ou à des charges de préférences.

¹⁰ On pensera ici à la controverse entre l'aide à la pierre ou au locataire; l'aide à l'hôpital ou aux patients; aux écoles ou aux élèves, etc.

A ce stade, il devient nécessaire de s'interroger sur l'ampleur de la subvention de l'Etat et de se demander dans quelle mesure les limites budgétaires de ce subventionnement n'impliquent et ne justifient pas nécessairement une intervention sur la manière dont les privés vont gérer l'activité.

L'ampleur de la subvention est déterminée par le principe de la proportionnalité entre les coûts de l'activité, les coûts raisonnables de l'activité et l'intérêt public à assurer l'activité et à en réduire le coût.

Les limites de la subvention sont déterminées par les conditions et les charges – elles aussi définies par l'intérêt public – mises à l'activité subventionnée: il s'agit de déterminer avec précision, dans une activité, en soi d'intérêt public, quels aspects méritent aide et quels aspects doivent être assumés par les particuliers. Il s'agit ainsi de dire, au moins en partie, la manière dont les privés vont devoir gérer l'activité s'ils entendent être aidés.

Dans le principe de la subvention, dans la définition de son ampleur et dans la définition de ses limites, le principe de la nécessité est essentiel.

Finalement, ce qui caractérise l'intervention de l'Etat comme distributeur de subventions et d'autres aides, c'est sa nécessité pour parvenir à l'intérêt public recherché.

III. L'Etat fournisseur de biens et de services à des tiers

Si l'abstention de l'Etat de toute activité concrète, si la distribution d'aides financières ne permettent pas la poursuite d'une activité reconnue comme nécessaire à la prospérité ou à la sécurité économique, la question se pose de savoir si et comment l'Etat doit intervenir.

A. La possibilité d'une intervention

Il va de soi qu'il y a lieu de mettre à part les activités qui, par définition, doivent être assumées par l'Etat: il s'agit des activités de souveraineté et des

activités de service public minimum¹¹ telles que la justice (même l'arbitrage ne peut être efficace que si des moyens de faire exécuter les sentences contre les récalcitrants existent, s'il y a un pouvoir de contrainte), l'armée et la police (c'est-à-dire les exécutants de la contrainte disciplinée), la mise à disposition de la monnaie (même s'ils sont souvent créés par des particuliers, les moyens de paiement n'ont de valeur que parce qu'ils s'expriment dans une monnaie!), les autres activités régaliennes. Ces activités ne sont, par définition, ni commerciales ni industrielles.

On peut se demander si des activités essentielles à la vie d'aujourd'hui telles que la distribution d'eau, d'électricité, de téléphone, la médecine de pointe, l'assurance choses ou personnes y compris les assurances sociales et l'enseignement¹², doivent aussi être tenues pour des activités d'intérêt public que l'Etat doit assumer totalement, s'il s'agit d'activités uniquement commerciales et industrielles qui doivent être laissées totalement ou partiellement à l'économie privée ou s'il s'agit d'activités qui nécessitent une collaboration de l'Etat et des particuliers parce qu'elles sont à la fois commerciales et industrielles et des activités de service public.

Cette dernière question revient à se demander quelles tâches l'Etat est en droit ou a le devoir d'assumer, notamment dans le domaine industriel et commercial, dès lors qu'elles sont aussi un service public.

Fondamentalement, en effet, l'Etat n'entreprendra une activité industrielle ou commerciale que dans la mesure où un intérêt public le justifie et, partant, dans la mesure où elle est aussi un service public¹³.

¹¹ Ces dernières activités sont plutôt aujourd'hui appelées activités de «service universel». Nous ne voulons pas entrer ici dans la question de savoir ce qu'est le contenu de ce «service universel» ou «minimum».

¹² Peut-être de manière significative, la question de la fourniture de travail, d'alimentation, de vêtements, de moyens de chauffage, de services culturels n'est pas posée: elle est laissée aux privés alors que la question du logement ou des soins médicaux a été résolue partiellement par la voie des subventions aux privés pour reprendre les «buts sociaux» de l'art. 41 de la constitution. D'ailleurs, les services culturels sont eux aussi largement subventionnés; en outre, l'art. 12 de la constitution a reconnu un droit à une aide dans «des situations de détresse».

¹³ Il va de soi que cet intérêt public doit être reconnu formellement par l'adoption d'une loi mais cet aspect n'est pas notre propos ici.

Faute d'intérêt public, l'Etat ne peut pas développer d'activité comme le rappelle l'art. 5 chiffre 2 de la constitution relatif aux principes de l'activité de l'Etat régi par le droit.

En revanche, nous fondant sur la pratique que nous rapporterons plus loin, nous ne sommes pas certain que le droit de l'Etat d'avoir une activité économique doive toujours être lié à une carence des services offerts par les personnes privées¹⁴.

Mais l'existence d'un intérêt public ne suffit pas, il faut encore que l'Etat dispose, selon le chiffre 1^{er} du même art. 5 de la constitution, d'une base juridique l'autorisant à entreprendre une activité commerciale ou industrielle de service public.

Comme cette base pourrait se trouver dans la constitution, il faut, tout naturellement, se demander si l'Etat bénéficie de la liberté économique, s'il a «libre accès à une activité économique lucrative» et s'il en a le «libre exercice» selon l'art. 27 al. 2 de la constitution.

La nouvelle constitution a reconnu le principe de la liberté économique qui non seulement est garanti par l'art. 27 mais doit aussi être respecté par la Confédération et les cantons.

La doctrine unanime estime que l'Etat et les collectivités publiques ne peuvent pas invoquer à leur profit la liberté du commerce et de l'industrie, dès lors qu'elle est un droit constitutionnel des citoyens contre l'Etat^{15, 16}.

¹⁴ Voir PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Berne 1992, vol. III, p. 333.

¹⁵ Les théories selon lesquelles les libertés fondamentales seraient aussi un droit fondamental à ce que l'Etat fasse en sorte que ces libertés puissent s'exercer, qui ont été rejetées par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Ruth Gonseth* du 2 mai 2000 paru dans ATF 126 II 314/5, n'y changeraient rien.

¹⁶ Voir par exemple JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, Neuchâtel 1982, n° 1879 au début; WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 3^{ème} éd., Berne 1931, p. 227; ETIENNE GRISEL, *Liberté du commerce et de l'industrie*, Berne 1993-1995, n° 260; FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berne 1997, p. 50; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4^{ème} éd., Zurich 1998, n° 1382, qui néanmoins donnent à l'Etat le droit d'invoquer la liberté économique lorsqu'il agit comme un privé; CHARLES-ANDRÉ JUNOD, «Problèmes actuels de la constitution économique suisse», *RDS*, 1970 I 590; RENÉ RHINOW, *Commentaire de la constitution de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle 1987-1995, n° 100 ad art. 31; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. II, n° 644, qui font la même distinction que HÄFELIN/HALLER, distinction qui ne peut viser que l'exercice de la liberté économique une fois que l'entreprise a été créée: égalité des conditions de concurrence oblige!

La jurisprudence va dans le même sens¹⁷.

La doctrine admet néanmoins parfois que les entités publiques puissent se prévaloir de la liberté du commerce et de l'industrie envers d'autres entités publiques supérieures, notamment dans les cantons lorsque ces entités agissent en droit privé¹⁸.

A notre sens, cependant, la doctrine ne fait pas assez nettement la distinction entre les deux aspects de l'al. 2 de l'art. 27 de la constitution c'est-à-dire entre le droit d'une entité publique d'exercer une activité commerciale ou industrielle d'une part, qui ne relève pas de la liberté économique, et les modalités selon lesquelles cette activité est gérée une fois que le principe de son exercice a été admis d'autre part, qui elles, doivent relever de la liberté économique dès qu'il y a concurrence avec des entreprises privées.

Pour nous, la doctrine a donc partiellement raison, la liberté économique n'est pas une base permettant à l'Etat d'entreprendre des activités commerciales ou industrielles: les entités publiques ne peuvent pas créer des entreprises lucratives librement sur la base de l'art. 27 de la constitution.

Il convient dès lors de chercher ailleurs la réponse à la question de savoir sur quelle base une entité étatique peut entreprendre des activités commerciales ou industrielles.

Cette base réside simplement dans le fait que l'Etat a le droit de définir librement les activités de toute nature auxquelles il entend se livrer.

Il devient alors crucial de déterminer les limites de cette liberté de l'Etat.

En effet, le fait que l'activité industrielle ou commerciale d'une entité publique, quelle qu'elle soit, doive reposer sur une base légale expresse n'est pas une limite véritable dès lors qu'elle ne répond qu'à la question de savoir quel organe décide de l'intervention de l'Etat¹⁹.

¹⁷ Déjà dans une décision du Conseil fédéral dans une affaire *Marly le Grand* publiée par SALIS-BURCKHARDT, *Droit fédéral suisse*, n° 487 I; ainsi que par exemple les arrêts du Tribunal fédéral: ATF 103 Ia 409 *Beeli*; 105 Ia 71 *Maier*; arrêt S du 10 août 1983 publié dans ATF 109 Ia 108/9.

¹⁸ Par exemple AUBERT (note 16), n° 1879; HÄFELIN/HALLER (note 16), n° 1382; JUNOD (note 16), p. 738; RHINOW (note 16), n° 101/2; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 16), n° 644.

¹⁹ Bien entendu, la Confédération ne peut avoir des activités commerciales et industrielles que si elle est compétente dans le domaine dont il s'agit.

L'activité doit être d'intérêt public... même s'agissant d'une activité industrielle ou commerciale ou, au moins, avoir un lien étroit avec un service public.

Enfin et surtout, l'activité industrielle ou commerciale d'intérêt public doit être nécessairement accomplie par l'Etat ou avec une participation de l'Etat pour que l'intérêt public recherché soit atteint et le service public soit disponible.

En d'autres termes, l'intervention de l'Etat doit être subsidiaire.

La seule question, du point de vue de la liberté du commerce et de l'industrie, qui se pose, à ce stade, est celle de savoir dans quelle mesure une telle activité étatique porte une atteinte admissible aux intérêts des personnes privées et notamment aux titulaires de la liberté économique. Il s'agit de savoir si l'activité étatique, *en soi*, entrave la concurrence de manière indue²⁰, notamment lorsqu'elle prend la forme d'une entreprise en concurrence avec des entreprises privées²¹.

Cet aspect de la question a très largement échappé à l'examen de la doctrine, même si on y trouve certaines allusions²².

En effet, en matière d'activités industrielles ou commerciales étatiques en concurrence avec les privés, on constate une grande différence entre une théorie réticente et une réalité plus souple.

Il suffira de rappeler l'existence par exemple des banques cantonales, des auberges communales, des ports-francs publics, des caisses de compensation AVS publiques, des musées communaux ou cantonaux, des théâtres municipaux, des sociétés d'électricité publiques, des fondations de logements sociaux ou de songer à la vente des publications officielles pour montrer que, dans une grande série de situations, non seulement l'Etat exerce une activité

²⁰ La question pourrait, à l'extrême, relever de celle de savoir quelle est «l'essence» de la liberté économique au sens de l'art. 36 chiffre 4 de la constitution.

²¹ Le problème posé par un monopole étatique est différent dès lors qu'il exclut toute concurrence et ne se justifie que si les privés ne peuvent ou ne veulent pas fournir une activité commerciale et industrielle de service public à des conditions raisonnables selon le principe de la nécessité/subsidiarité.

²² Voir les écrits de BURCKHARDT (note 16); JUNOD (note 16), p. 738; MOOR (note 14), p. 332; LUDWIG FRANK, *Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung*, Aarau 1919, p. 21.

commerciale ou industrielle mais aussi il n'a éliminé ni la concurrence grâce à un monopole virtuel ni n'est seulement intervenu en raison de la carence des privés.

1. La doctrine

Au moins un auteur²³ a exposé les motifs pour lesquels une activité économique ou commerciale de l'Etat en concurrence avec des entreprises privées respecte la liberté économique:

- la liberté du commerce et de l'industrie ne protège les citoyens que contre les limites juridiques directes que l'Etat peut leur imposer et non contre les limites de fait de cette liberté ou contre les conséquences indirectes de mesures ayant pour effet de rendre une activité moins rentable²⁴;
- *a contrario*, si la création de monopoles étatiques qui exclut, juridiquement et d'emblée, les tiers privés de l'activité industrielle ou commerciale monopolisée (sauf concession du droit d'exercer ces activités monopolisées) est en principe, en raison de sa gravité, soumise à des conditions strictes, l'Etat pourra exercer des activités industrielles et commerciales en concurrence avec les personnes privées à des conditions beaucoup moins strictes;
- d'ailleurs, en Suisse alémanique, les tâches des communes peuvent plus aisément comprendre des activités économiques qu'en Suisse romande;
- la question de savoir si une commune peut se livrer à des activités économiques dépend uniquement des règles du droit cantonal sur les compétences municipales²⁵;
- en tout état de cause si la liberté du commerce et de l'industrie ne donne pas de droit aux entités de droit public de déployer des activités industrielles et commerciales, elle ne s'y oppose pas non plus puisqu'elle interdit certaines limitations juridiques à la libre entreprise et non les limitations de fait telles qu'elles peuvent découler même d'un monopole virtuel;

²³ FRANK (note 22).

²⁴ *Ibidem*, p. 19.

²⁵ *Ibidem*, p. 22/3.

- enfin, la situation est identique quelle que soit la forme juridique sous laquelle la puissance publique intervient (établissement de droit public sans ou avec personnalité).

Il en résulte donc que, dans la mesure où elle aborde le sujet, la doctrine admet que des entités publiques puissent avoir des activités commerciales ou industrielles en concurrence avec les personnes privées non pas parce qu'elles disposeraient de la liberté du commerce et de l'industrie mais parce qu'elles y seraient autorisées par une loi dans l'intérêt public et que le principe de la nécessité et de la subsidiarité serait respecté.

2. La législation

Le fait que les collectivités publiques puissent déployer des activités économiques industrielles ou commerciales est attesté par l'art. 61 CO qui interdit de soumettre aux règles du droit public de la responsabilité les actes des fonctionnaires et employés d'Etat «se rattachant à l'exercice d'une industrie».

Il faut entendre par là les activités des agents publics servant à procurer un gain à l'Etat par opposition aux activités de puissance ou de service public²⁶.

On tiendra aussi compte de l'art. 36 al. 2 de la loi du 6 octobre 1989 sur les finances de la Confédération (LFC, RS 611.0), qui, en refusant à la Confédération «la prise de participation à des entreprises à but lucratif à des fins de placement», autorise la prise de participations à des fins d'intérêt public ou sur la base de décision ad hoc²⁷. Ainsi la LFC, en autorisant, dans l'intérêt public, des investissements dans des entreprises à but lucratif c'est-à-dire ayant des activités industrielles et commerciales, permet à la Confédération d'exercer de telles activités.

²⁶ Voir déjà ANDREAS VON TUHR, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich 1984, p. 338.

²⁷ Voir dans ce sens le Message du Conseil fédéral du 24 août 1988, FF 1988 III 832, qui renvoie sur ce point au message à l'appui de la version précédente de la LFC du 21 février 1968, FF 1968 I 524.

3. La jurisprudence

Le Tribunal fédéral a été à quelques reprises appelé à se prononcer sur la question de savoir dans quelle mesure les entités publiques pouvaient se livrer à des activités économiques:

- dans un arrêt fondamental *Meyer und Keller* du 8 mai 1896 (ATF 22, 617), où des fabricants de cartes murales avaient demandé à être indemnisés du fait que, la Confédération ayant décidé de fournir de telles cartes aux écoles publiques, ils avaient perdu une part importante de leur clientèle, le Tribunal fédéral a souligné que la liberté économique garantissant le libre exercice d'une profession et un usage libre du marché n'était pas illimitée et que notamment elle ne protégeait pas contre la concurrence de tiers tant que celle-ci était licite. Partant, il convenait de savoir si la décision de distribuer des cartes murales était licite ou non. En l'espèce, la perte de marché ne résultait pas d'une atteinte juridique visant les intéressés mais était le fruit de la participation de la Confédération à l'activité économique en cause que les concurrents doivent supporter comme la concurrence d'une personne privée tant qu'elle ne viole pas les limites de la concurrence déloyale c'est-à-dire ne paraît pas illicite en raison de la manière dont elle est exercée; en l'espèce, la décision de distribution ayant été adoptée dans les formes requises, la seule illicéité possible était une violation de la constitution. Et le Tribunal fédéral de conclure quant à une prétendue violation de l'art. 31 aCst et, partant, au droit à une indemnité de la manière suivante: «Un monopole au sens juridique n'a pas été créé. Le fait que les conséquences de la décision fédérale puissent correspondre en fait à celles d'un monopole ne change rien à sa conformité à la constitution et, partant, ne saurait donner lieu à une indemnité»;
- dans un arrêt *Walser et Cie* du 25 avril 1912 (ATF 38 I 61) concernant le droit des entreprises publiques d'électricité de procéder sous la forme d'un monopole à des installations intérieures, le Tribunal fédéral a relevé que la constitution ne garantissait aux commerçants que la possibilité d'exercer une profession et non la réalisation d'un gain et que «le fait que de petites entreprises communales d'électricité ne pourraient, le cas échéant, pas livrer au public du courant électrique à des tarifs raisonnables si elles ne pouvaient pas utiliser le personnel technique dont elles ont besoin pour l'exploitation de l'entreprise à des activités d'installations

intérieures» devait jouer un rôle, à côté des motifs de sécurité dans l'admissibilité de telles activités;

- dans un arrêt *Landolt-Frei* du 18 novembre 1915 (ATF 41 I 373) où la même question se posait, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence *Walser*;
- dans un autre arrêt fondamental, l'arrêt *Stutz* du 16 juillet 1921 (ATF 47 I 242), le Tribunal fédéral s'est exprimé de la manière suivante quant au monopole des installations électriques intérieures et à la livraison des appareils électriques: «Toute entreprise publique limite nécessairement la libre entreprise dans une certaine mesure qu'il y ait monopole ou non. Dès lors, la question est en réalité celle de savoir si et dans quelle mesure des entreprises publiques peuvent être créées et exploitées. Il n'est pas douteux que l'art. 31 Cst est un critère. En effet, même s'il suppose, en raison de son origine, un système économique dans lequel en général le commerce et l'industrie sont laissés aux particuliers, on peut néanmoins penser qu'il ne garantit pas l'économie privée face à l'économie publique (en général ou dans certaines branches d'activités) mais pose seulement certains principes de l'économie privée tels que la libre concurrence et l'égalité des conditions de concurrence. Selon ce point de vue, l'art. 31 ne pourrait pas être opposé à la création d'entreprises publiques en dépit du monopole ainsi créé; mais une limite contre un tel monopole se trouverait dans d'autres règles, notamment de droit cantonal [...] Il n'est pas nécessaire de trancher ce point en l'espèce»; en effet, même selon l'interprétation classique qui voit dans l'art. 31 aCst une limite aux activités économiques de l'Etat, la mesure envisagée était licite dès lors qu'elle poursuivait un intérêt public et non un intérêt purement fiscal... Et le Tribunal fédéral d'ajouter, s'agissant de définir l'intérêt public admissible: «il n'est pas exclu que des considérations relatives à une bonne administration de l'entreprise publique soient prises en considération: ainsi la consolidation de l'entreprise et le souci de lui assurer un rendement minimum sont aussi un intérêt public dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer la mesure admissible d'une limitation de la liberté économique, notamment lorsque, comme en l'espèce, il ne s'agit pas d'une limitation directe de la liberté du commerce et de l'industrie mais d'un effet accessoire de l'extension du champ d'activité d'une entreprise publique à une branche liée à cette activité»;

- dans un arrêt *Mentha* du 28 septembre 1955 (ATF 81 I 257), le Tribunal fédéral a confirmé ses jurisprudences *Walser*, *Landolt-Frei* et *Stutz* concernant la licéité d'activités privées de collectivités publiques disposant d'un monopole pour des motifs d'emploi rationnel du personnel;
- l'arrêt *Züst* du 2 avril 1969 (ATF 95 I 144) marque le changement de la jurisprudence en ce qui concerne l'extension du monopole de fait de la distribution de l'énergie aux installations intérieures. Selon cet arrêt, le monopole des installations intérieures ne peut plus être justifié par des motifs de police en raison de la modification de la législation fédérale en la matière; ne sont pas davantage admissibles des intérêts fiscaux en ce sens qu'après couverture des frais (notamment après la constitution d'amortissements, de réserves et de provisions et la rémunération du capital propre et du capital étranger), le monopole serait exploité pour permettre à l'entreprise publique de rapporter à la commune des prestations appréciables en espèces qui, à défaut, devraient être financées par l'impôt. En revanche, d'autres intérêts publics peuvent justifier l'extension du monopole: assurer une distribution aussi économique que possible; permettre un emploi régulier du personnel car un sous-emploi du personnel augmenterait le coût de l'énergie; néanmoins le Tribunal fédéral a ajouté: «tous les mandats d'installations intérieures ou une partie substantielle d'entre eux ne disparaîtront pas si l'entreprise communale est efficace du point de vue des prix et de la qualité. Si tel n'était pas le cas, l'ouverture de cette activité aux privés serait dans l'intérêt public pour obliger l'entreprise publique à s'améliorer»;
- enfin, dans un arrêt *Schad und Frey AG* du 25 novembre 1977 (ATF 103 Ib 324), le Tribunal fédéral a indiqué que les prestations cartographiques de l'Office fédéral de la topographie pouvaient être exploitées par lui sur le marché et que le prix de ces produits serait déterminé par la concurrence sur le marché ou, à défaut, par une loi.

On aura ainsi pu constater, que la jurisprudence admet que des entreprises publiques soient parfaitement possibles même en concurrence avec des privés, si l'intérêt public l'exige, et que même des entreprises publiques au bénéfice de monopoles de fait puissent étendre leurs activités à des activités

connexes en concurrence avec les activités de personnes privées pour autant que cette extension soit prévue dans une loi et justifiée par un intérêt public²⁸.

Ainsi, dans la doctrine, dans la législation et dans la jurisprudence, le principe d'activités industrielles ou commerciales totalement ou partiellement d'intérêt public est reconnu.

Finalement, ce qui limite l'intervention de l'Etat comme industriel ou commerçant, c'est le fait qu'elle n'est admissible que si elle est nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public recherché.

B. Les modalités de l'intervention

La question des modalités selon lesquelles une activité industrielle ou commerciale de l'Etat est gérée ne se pose qu'après que la question de principe a reçu une réponse positive.

La réponse diffère selon que l'Etat a un monopole ou n'en a point.

Dans le premier cas, les modalités sont fixées par la législation spécifique concernant le monopole en cause; la liberté d'exercer l'activité n'existe pas au-delà de la loi et d'un éventuel mandat de prestation.

Dans le second cas, dès lors qu'une entité publique a reçu la compétence de se livrer à des activités industrielles ou commerciales en concurrence avec des personnes privées, elle doit pouvoir lutter à armes égales avec celles-ci et être soumise au même régime juridique qu'elles.

En d'autres termes, les conditions de concurrence doivent être égales. Il n'y a aucune raison de privilégier l'Etat qui offre des prestations industrielles ou commerciales de même nature que des tiers privés car un tel privilège

²⁸ Il faut cependant remarquer que l'extension des monopoles vers des activités purement commerciales et industrielles notamment afin de permettre une utilisation optimale des ressources matérielles et humaines à disposition serait probablement considérée aujourd'hui comme contraire au principe de la réalité des coûts et à l'interdiction des subventions dites croisées. Ceci serait une erreur car il est commun que des entreprises commerciales ou industrielles compensent les pertes subies dans un secteur par des super gains réalisés dans d'autres... notamment pour des raisons fiscales!

constituerait une concurrence déloyale envers les concurrents privés (voir en ce sens déjà l'arrêt du Tribunal fédéral *Meyer und Keller* du 8 mai 1896!²⁹).

Il n'y a de plus aucune raison de pousser indirectement ainsi l'Etat à recourir à des formes d'organisation du service public industriel et commercial relevant du droit privé uniquement pour bénéficier de la liberté que l'art. 27 de la constitution reconnaît aux entreprises privées.

A cet égard, nous ne partageons pas la crainte qu'exprime la doctrine³⁰ selon laquelle, par définition pour ainsi dire, lorsque l'Etat exerce une activité commerciale ou industrielle en concurrence avec des privés, il dispose d'un monopole virtuel en raison de ses prérogatives et de sa puissance.

Il n'est en effet de loin pas démontré que le rapport coût/bénéfice serait plus favorable dans une entreprise publique et permettrait d'appliquer des tarifs plus bas que ceux pratiqués par les entreprises privées.

Il va, dès lors, presque sans dire que les activités économiques et industrielles de l'Etat doivent être soumises au même régime juridique du point de vue constitutionnel et légal que les activités analogues des privés.

Notamment, dès lors que l'exercice de cette activité a été autorisé par la loi dans l'intérêt public, cette activité ne peut être régie envers les tiers que par le droit civil ainsi que cela résulte de l'art. 61 CO.

Cela étant, les entreprises publiques, dans de telles activités, doivent aussi bénéficier des avantages que le droit privé et le droit de la concurrence offrent aux particuliers; elles ne doivent donc pas être soumises, par une loi, à des obligations particulières auxquelles elles n'auraient pas consenti (par exemple statut de fonctionnaires de leur personnel), à moins d'être indemnisées pour ces servitudes: elles doivent pouvoir déployer les mêmes activités que leurs concurrents et dans les mêmes conditions.

Il y a lieu cependant de faire une exception de principe³¹ pour le régime des subventions et des aides qui ne saurait s'appliquer dès lors que l'interven-

²⁹ ATF 22, 617.

³⁰ Voir BURCKHARDT (note 16), p. 227 et JUNOD (note 16), p. 739.

³¹ Il convient de réserver le cas des subventions versées à des concessionnaires privés qui exécutent des tâches publiques (voir le cas du service universel des télécommunications).

tion directe de l'Etat est un empiétement plus large dans le domaine de «l'économie privée» selon l'art. 94 de la constitution et n'est justifiée que par la nécessité d'aller au-delà du simple subventionnement.

Néanmoins, dans la mesure où, en plus d'activités industrielles ou commerciales pures, l'Etat doit assurer un service public minimum dans des domaines essentiels de la vie économique et sociale, la question se pose de savoir si ces obligations de service public minimum (qui ne peuvent, par définition, pas bénéficier de subventions puisqu'elles sont assurées par l'Etat³²) ne doivent pas être prises en charge par le budget de l'Etat et non émerger au seul budget de l'entité publique qui les exécute pour lui.

A notre avis, puisque l'activité étatique économique ou commerciale est aussi destinée à assurer un service public minimum, il serait naturel que ce service soit rémunéré par une affectation budgétaire particulière.

Finalement, ce qui caractérise les modalités des activités industrielles ou commerciales de l'Etat, c'est l'assimilation au droit commun.

IV. Conclusion

On conclura de cet examen de la doctrine, de la législation et de la jurisprudence que le droit des collectivités publiques d'exercer des activités industrielles et commerciales est reconnu.

Ce droit est cependant limité par deux exigences: une loi formelle doit conférer ce droit à l'entreprise publique; un intérêt public doit justifier l'extension de l'intervention de la collectivité publique (notamment l'obligation d'assurer un service public ou d'en garantir le bon fonctionnement).

Pour le reste, une entreprise publique autorisée, par une loi, à agir dans l'intérêt public dans les domaines industriels ou commerciaux doit être mise sur le même pied que ses concurrents privés, sous réserve d'obligations particulières que la loi autorisant ces activités lui imposerait dans l'intérêt public (notamment la mise à disposition d'un service public minimum); cette même

³² Nous faisons abstraction ici des subventions accordées par une entité étatique à une autre, par exemple, par un canton à une commune.

loi devrait lui accorder à ce titre les indemnités nécessaires pour rétablir des conditions égales de concurrence.

Ce qui caractérise l'intervention de l'Etat comme fournisseur de services à des tiers, c'est finalement sa nécessité, son caractère indispensable.

V. Les formes d'organisation de l'exercice des activités industrielles ou commerciales par l'Etat

Lorsque l'Etat exerce des activités industrielles et commerciales, il a le choix de la forme sous laquelle il entend agir.

Il doit là encore procéder à ce choix en respectant la légalité, en s'inspirant de considérations d'intérêt public et en restant conforme au principe de la nécessité et de la subsidiarité: on ne choisira une forme plus étatiste que si une forme permettant d'associer les privés ou permettant une concurrence avec les privés ne permet pas d'atteindre le but d'intérêt public recherché.

Cela paraît résulter du devoir de «contribution» à la prospérité et la sécurité économique que l'art. 94 de la constitution impose à l'Etat.

Cinq formes peuvent être ainsi envisagées:

- le monopole de droit créé par une loi dans lequel seul l'Etat exerce l'activité monopolisée;
- le monopole de droit concessionné créé par une loi dans lequel l'Etat, d'office, et des privés, sur concession accordée par l'Etat, exercent l'activité monopolisée, sans qu'il y ait véritablement concurrence en raison de la division du marché;
- le monopole de fait par lequel l'Etat peut seul exercer une activité économique en raison de sa souveraineté sur certains moyens nécessaires à l'exercice de cette activité tels que le domaine public³³;

³³ Cette maîtrise a été de plus en plus contestée à mesure que les règles sur l'utilisation du domaine public à titre anormal, extraordinaire ou accru voire à titre exclusif ont été remises en cause; voir notre étude sur «l'utilisation commerciale des biens de l'Etat par des tiers»: *Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur de Charles-André-Junod*, Bâle 1997, p. 213 ss.

- le monopole de fait concessionné par lequel l'Etat, d'office, et les particuliers, sur concession d'utilisation accordée par l'Etat, exercent une activité économique nécessitant l'utilisation de certains moyens sur lesquels l'Etat a la souveraineté;
- le régime de la concurrence directe dans lequel l'Etat exerce une activité économique en concurrence directe avec les particuliers et qui devrait être aménagé de manière à assurer, le cas échéant, un service public minimum.

Dans le même esprit, dans un arrêt *Pärli* du 7 février 1968 (ATF 94 I 18), le Tribunal fédéral avait rappelé que l'intervention des communes en matière d'installations intérieures pouvait revêtir trois formes: le monopole d'un service communal; le monopole avec concessions à des privés dans la mesure où le service communal ne suffit pas à la tâche; un régime de concurrence entre un service communal et des installateurs privés (ou une simple concurrence entre privés).

Pendant très longtemps, lorsque l'Etat décidait qu'il était d'intérêt public qu'il déploie une activité industrielle ou commerciale, il avait recours à un monopole étatique³⁴, l'exigence de son intervention ne pouvant se justifier que s'il devait régir le domaine dans son entier. Tout au plus accordait-il certaines concessions, généralement déterminées quant à leur objet et à leur étendue géographique.

Dans ces domaines monopolisés, les modalités de l'exercice du monopole étaient régies uniquement par les nécessités de l'exercice de ce monopole; le droit public était seul maître du jeu.

Aujourd'hui, dans un régime de concurrence où l'Etat est l'un des acteurs parmi d'autres, il doit pouvoir choisir la forme d'organisation juridique qui lui permettra, s'il reste dans la compétition, de défendre au mieux l'intérêt public, notamment s'il doit assumer des activités de service public minimum susceptibles de charger indûment ses budgets, ses résultats et ses comptes.

³⁴ Le domaine du monopole paraît se réduire de plus en plus avec l'ouverture à la concurrence des télécommunications, des fabriques d'armement, de la distribution de l'électricité et du gaz, des assurances incendie, de l'élimination des déchets, notamment.

L'Etat devra choisir entre le service administratif, l'établissement public sans personnalité mais doté d'une comptabilité et d'un budget distinct, l'établissement public doté de la personnalité, la société anonyme de droit public, la société d'économie mixte et la société anonyme ordinaire.

Le choix sera commandé par la meilleure efficacité pour le meilleur coût possible pour atteindre le but d'intérêt public recherché.

Finalement ce qui caractérise ainsi l'organisation de l'intervention de l'Etat comme fournisseur de services à des tiers, c'est la nécessité de choisir la forme la plus adéquate pour parvenir à fournir le service le meilleur au meilleur coût.

VI. L'Etat producteur de biens ou de services pour lui-même

En règle générale, l'Etat se procure les biens et certains services dont il a besoin sur le marché libre; il ne les produit pas lui-même alors même que la plus grande partie des services est fournie par des agents de l'Etat.

Ainsi, pendant une période prolongée, la Confédération a exploité elle-même des entreprises d'armement.

Depuis la loi sur les entreprises d'armement de la Confédération de 1997 (LEAC, RS 934.21), la Confédération est propriétaire de la majorité des voix et des titres dans une société holding de participation financière à des sociétés d'armements qui ont la forme de sociétés anonymes de droit privé.

Néanmoins, la Confédération ne produit plus directement elle-même une partie des armes dont l'armée a besoin; la recherche d'une manière plus efficace de gérer ces besoins, la nécessité de pouvoir déployer des activités aussi dans le secteur privé et le besoin d'avoir des activités dans des domaines voisins de l'armement sans obligation de demander des autorisations politiques, enfin la préoccupation principalement commerciale et industrielle ont conduit à remettre ces activités à une société privée.

Mais, il était nécessaire que la Confédération puisse veiller à la production des armes dont elle a besoin; cette exigence, conforme à l'intérêt public,

a été satisfaite par le pouvoir de la Confédération de contrôler la holding et par elle, les sociétés filiales au sein d'un groupe de sociétés.

La Confédération reste cependant encore dans certains domaines son propre producteur de biens ou de services. Par exemple elle est encore souvent son propre assureur notamment en ce qui concerne sa responsabilité civile.

Dans ces domaines, l'intervention de la Confédération se justifie par un calcul coûts/bénéfices.

De manière plus générale, la question peut se poser de savoir si la Confédération doit agir par l'intermédiaire d'agents de la fonction publique ou si elle n'a pas avantage, notamment sur le plan financier, à confier des mandats de droit public à des organismes publics spécialisés ou des associations privées ou encore à confier des mandats de droit privé à des tiers (notamment mandats d'expertises)³⁵.

Dans toutes ces situations, l'Etat devra respecter le principe de la nécessité et celui de la subsidiarité; en particulier, il devra s'interroger sur la manière la plus économique et la plus efficace de se procurer le bien ou le service nécessaires dans l'intérêt public.

Finalement, ce qui caractérise l'intervention de l'Etat comme producteur de biens ou de services pour lui-même, c'est sa nécessité.

VII. L'Etat actionnaire d'entreprises privatisées

Finalement, la question se pose de savoir dans quelle mesure, en cas de privatisation, l'Etat doit conserver une influence dans les activités industrielles ou commerciales dont il avait le monopole ou auxquelles il participait en concurrence avec des privés.

En d'autres termes, la privatisation doit-elle être complète ou doit-il rester quelque trace du fait qu'à un moment donné de l'évolution historique, le

³⁵ Il s'agit en quelque sorte de la situation inverse de celle dont le Tribunal fédéral avait eu à connaître dans le cas des entreprises d'électricité où il s'agissait de «rentabiliser» le personnel de ces entreprises par des travaux accessoires.

constituant ou le législateur avait considéré que l'activité en cause avait une telle importance pour l'intérêt public qu'une intervention directe de l'Etat était nécessaire?

La réponse à cette question est de nature politique.

Il nous paraît néanmoins que, dans la mesure où malgré la privatisation d'une activité industrielle ou commerciale, un service public minimum sous la forme d'une garantie des prestations à des personnes financièrement faibles ou sous la forme d'une garantie de la fourniture de prestations minimum à des régions excentrées doit être assuré, il est nécessaire que l'Etat prenne des mesures pour assurer ces garanties.

Ici encore, la méthode va dépendre d'un rapport coût/efficacité.

L'Etat peut conserver une participation dans la société privée qui a repris les activités précédemment assurées par lui, directement en concurrence avec d'autres sociétés privées agissant dans le domaine privatisé; il peut aussi mettre en place un système qui assure que la part de service public minimum sera assurée par les sociétés privées; il peut notamment soumettre l'activité à un régime de concession et faire du service minimum une charge de la concession.

Il ne faut cependant pas se cacher que cette seconde solution pourrait être à l'origine de graves difficultés si le concessionnaire était défaillant puisque l'Etat ne pourrait plus se substituer à lui mais devrait recourir à l'exécution par un autre concessionnaire... aux conditions de ce dernier.

Finalement, ce qui caractérise l'intervention de l'Etat actionnaire d'entreprises privatisées, c'est sa nécessité dans l'intérêt public.

VIII. Conclusion générale

L'intervention de l'Etat dans l'économie est déterminée par l'état et les aspirations de la société à un moment donné. Elle devrait aussi être déterminée par des considérations d'efficacité et d'économie des moyens à mettre en action.

Sur le plan juridique, elle est déterminée par l'intérêt public tel qu'il est concrétisé par le constituant et le législateur.

Conformément aux art. 27 et 94 de la Constitution du 18 avril 1999, elle doit contribuer à la prospérité et à la sécurité économique de la population dans un environnement favorable au secteur privé de l'économie.

Cela signifie que l'intervention de l'Etat dans l'économie ne peut être que subsidiaire pour assurer les intérêts de l'économie nationale selon l'art. 94 de la constitution, favoriser la cohésion interne du pays (art. 2 al. 2) et garantir l'égalité des chances (art. 2 al. 3). Ces deux dernières exigences fondent une intervention de l'Etat pour assurer un service public minimum aux régions et aux personnes défavorisées.

Ainsi, le caractère subsidiaire de l'intervention de l'Etat ne doit pas en occulter la nécessité.

LA TAXE ÉCOLOGIQUE: UN LABEL TRÈS CONVOITÉ QUI NE SE CONSERVE QU'APRÈS USAGE

XAVIER OBERSON

Professeur à l'Université de Genève
Avocat

I. Introduction

La fiscalité n'échappe pas à la tendance marquée à «l'écologisation du droit», pour reprendre une expression de CHARLES-ALBERT MORAND¹. Le droit fiscal sert alors d'instrument d'une politique publique destinée à mettre en œuvre des objectifs de droit de l'environnement. Typiquement, un comportement polluant devient le fait générateur d'une taxe² écologique destinée à couvrir les coûts sociaux qu'il génère, en application du principe pollueur-payeur.

Ce modèle idéal n'est toutefois pas toujours aisé à réaliser. De plus – bien que cet effet ne soit pas forcément recherché –, l'instrument fiscal s'accompagne souvent d'un apport de recettes non négligeable. Dans une perspective environnementale, la contribution publique peut ainsi également servir, plus modestement, à financer des mesures de protection de l'environnement. Par exemple, une taxe sur les déchets contribue aux coûts d'élimination ou de retraitement, mais vise aussi à inciter les assujettis au recyclage. On nage donc en pleine ambiguïté et c'est là le cœur de problème. Suivant l'effet provoqué par l'introduction d'une redevance, la fonction incitative ou fiscale va l'emporter. Pour reprendre une expression classique, la véritable taxe d'orientation (ou d'incitation) ne devrait produire aucune recette, preuve que le comportement taxé n'a pas été adopté. Si l'on constate *a posteriori* que la taxe

¹ CHARLES-ALBERT MORAND, «La coordination matérielle. De la pesée des intérêts à l'écologisation du droit», *Droit de l'environnement dans la pratique*, 1991, p. 35 ss.

² Dans la suite de cet exposé, le terme de taxe est utilisé, à l'instar du droit fiscal actuel, dans un sens général, synonyme de contribution publique.

procure des recettes considérables, c'est bien la démonstration que l'effet escompté – un changement d'attitude – ne s'est pas réalisé.

Cette ambivalence du droit fiscal va se retrouver particulièrement problématique, dès l'instant où l'on utilise des contributions publiques à des fins écologiques. En effet, l'instrument fiscal se transforme et devient soumis à un corps de règles nouvelles, notamment le droit de l'environnement et ses principes directeurs³, qui ne lui sont *a priori* guère familières. Mais de plus, malgré le label écologique qu'elle arbore fièrement, la contribution publique va très vraisemblablement s'accompagner de recettes financières. En effet, par définition, lorsque l'Etat entend recourir à une taxe écologique à fonction incitative, il met en œuvre une mesure plus douce qu'une interdiction. On peut donc s'attendre à ce que de nombreux assujettis poursuivront le comportement polluant tout en payant la taxe. Dans ce contexte, les principes fondamentaux du droit fiscal vont donc également chercher à s'appliquer.

La fiscalité écologique est donc au centre d'un conflit entre deux corps de règles gouvernées par des principes et des objectifs différents, le droit de l'environnement, d'une part, et le droit fiscal, de l'autre. Avant d'analyser plus avant comment concilier ce conflit d'intérêts potentiel (ci-après III.), il importe, au préalable, de bien s'entendre sur la notion même de taxe écologique (ci-après II.). La question mérite d'autant plus d'être évoquée que le Tribunal fédéral vient de donner récemment un éclairage nouveau et bienvenu sur cette question.

II. La nature juridique de la taxe écologique

A. Les critères de qualification pertinents

L'arrêt *IATA* du Tribunal fédéral, du 18 février 1999, marque selon nous un tournant fondamental dans la qualification juridique des contributions publiques⁴. Dans cette affaire, la validité de la taxe d'atterrissage dépendante des

³ CHARLES-ALBERT MORAND, «Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes», in: OST/GURWIRTH (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Bruxelles 1996, p. 261 ss; le même, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 83 ss.

⁴ ATF 125 I 182 *Association du Transport Aérien International (IATA)*.

émissions prélevée par l'aéroport de Zurich Kloten était en cause. Jusqu'à cette date, en matière de qualification juridique des contributions publiques, le droit fiscal reposait sur une dichotomie rigide entre les impôts, d'un côté, et les taxes causales, de l'autre («*tertium non datur*»). Le critère de distinction, simple mais ancré dans une conception classique et dépassée du droit fiscal, reposait uniquement sur le lien éventuel entre le prélèvement de la contribution et une contre-prestation ou un avantage étatique particulier. Dans cette perspective, la taxe causale se caractérise par le fait qu'elle constitue la contrepartie d'un service de l'Etat (*émolument*), d'un avantage particulier (*charge de préférence*), ou de la dispense d'un devoir public (*taxe de remplacement*).

Certes, dans l'arrêt *IATA*, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle est déterminante pour la qualification, non pas le but d'une contribution publique, mais bien sa nature. En effet, tant les impôts que les taxes causales peuvent avoir une composante d'orientation⁵. Toutefois, suivant en cela une partie de la doctrine⁶, il reconnaît que les principes constitutionnels du droit fiscal sont applicables différemment pour les *taxes d'orientation* («*Lenkungsabgaben*»), à savoir des contributions publiques qui ont pour fonction principale d'inciter les assujettis à adopter un comportement favorable à une politique publique donnée.

Cette approche confirme à notre sens la validité d'un nouveau critère de qualification juridique des contributions publiques: le but d'orientation par opposition au but purement fiscal⁷. Cette classification, nous l'avons déjà précisé ailleurs, ne remplace pas l'approche traditionnelle fondée sur le critère de la contre-prestation mais la complète. Partant, dans la catégorie des taxes d'orientation, on rencontre aussi bien des *impôts d'orientation* («*Lenkungssteuern*»), qui ne reposent sur aucune contre-prestation étatique

⁵ ATF 125 I 194, consid. 4 c.

⁶ Voir MICHAEL BEUSCH, *Lenkungsabgaben im Strassenverkehr. Eine rechtliche Beurteilung der Möglichkeiten zur Internalisierung externer Umweltkosten*, Zurich 1999, p. 99 ss; HANSJÖRG SEILER, «n° 24 ad Vorbemerkungen zu Art. 35a-35c», in: *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^{ème} éd., Zurich 1999; XAVIER OBERSON, «Les taxes écologiques et le partage des compétences de leur mise en œuvre entre la Confédération et les cantons», *Archives*, 60 (1991/92), p. 225 ss; le même, *Les taxes d'orientation*, Bâle 1990, p. 40 ss.

⁷ Comparer toutefois la position plus nuancée de KLAUS A. VALLENDER/RETO JACOBS, *Ökologische Steuerreform*, Berne 2000, p. 64.

particulière, que des *taxes causales d'orientation* («*Lenkungskausalabgaben*») qui sont liées à une prestation étatique tout en poursuivant un but incitatif.

Dans l'arrêt *IATA*, cette dernière qualification a ainsi été reconnue à juste titre pour la taxe d'atterrissage prélevée par l'aéroport de Zurich. Cette contribution publique, prélevée pour l'usage de l'aéroport, constitue en effet un *émolument d'utilisation* (sous-catégorie de taxe causale) à but *incitatif* puisque son taux dépend du degré d'émission polluante de l'avion.

B. L'application des critères pour définir la taxe écologique

1. En général

Les taxes écologiques, d'un point de vue juridique, ne sauraient être érigées en une catégorie distincte et autonome de contribution publique. En effet, suivant ses caractéristiques propres, une taxe écologique peut revêtir les habits de divers types de contributions.

Fondamentalement, la taxe écologique (ou environnementale) est définie par les économistes comme une contribution publique exerçant une action favorable sur l'environnement⁸. A cet égard, suivant la base d'imposition (l'assiette) de la redevance, l'OCDE distingue 5 types de taxes écologiques⁹:

- les redevances *de déversement*, paiements sur les rejets dans l'environnement, calculés en fonction de la quantité ou de la qualité des polluants rejetés;
- les redevances pour *services rendus*, paiements destinés à couvrir les coûts du traitement des rejets;
- les redevances sur *produits*, appliquées au prix de produits polluants;
- les redevances *administratives*, paiements appliqués auprès des services compétents, notamment pour l'application et le respect des réglementations;
- la *différenciation* par l'impôt, forme de redevance sur produits.

⁸ BEAT BÜRGENMEIER/YUKO HARAYAMA/NICOLAS WALLART, *Théorie et pratique des taxes environnementales*, Paris 1999, p. 90.

⁹ OLDE, *La fiscalité et l'environnement*, Paris 1993, p. 25; OLDE, *Instrumentes économiques de protection de l'environnement*, Paris 1989, p. 15 ss.

D'emblée, le caractère ambivalent des taxes écologiques est reconnu. D'après leur objectif principal, deux catégories de taxes se dessinent¹⁰. En premier lieu, les taxes dites *pigouviennes* visent l'allocation optimale des ressources. Elles sont destinées à inciter le consommateur ou le producteur à prendre en compte l'ensemble des coûts provoqués par ses activités. Souvent, devant la difficulté de déterminer l'ampleur des externalités, l'Etat se contentera d'une approximation en prélevant une taxe d'incitation (ou d'orientation). En second lieu, des taxes environnementales peuvent également être perçues pour financer des activités de protection de l'environnement¹¹.

Si l'on transpose, en termes juridiques, cette présentation économique des taxes écologiques, on peut dire que les taxes pigouviennes sont qualifiées de taxes d'orientation, tandis que les taxes à but de financement appartiennent aux contributions publiques à but fiscal. Cette analyse, suivant l'objectif visé, doit encore être affinée au moyen du critère de la contre-prestation. En règle générale, les taxes pigouviennes, en l'absence de lien avec une prestation étatique particulière, appartiennent à la catégorie des impôts d'orientation. En revanche, dès lors qu'elles frappent un produit à l'occasion de l'utilisation d'un établissement public (aéroport) ou en liaison avec un avantage étatique spécifique, il peut s'agir d'une taxe causale d'orientation. Il en découle que des taxes écologiques peuvent appartenir aussi bien à la catégorie des impôts que des taxes causales¹².

2. Les impôts écologiques

En droit actuel, par exemple, les taxes sur les COV (composés organiques volatils) et sur les HEL (huiles extra légères), visées aux art. 35a et 35b de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE), constituent des *impôts d'orientation écologiques*¹³. Ces taxes ne sont pas la contrepartie d'une

¹⁰ BÜRGENMEIER/HARAYAMA/WALLART (note 8), p. 89 ss.

¹¹ Voir aussi GONZAGE PILLET, *Economie de l'environnement*, Genève 1993, p. 23 ss, notamment p. 49, qui opère une distinction entre taxes sur la pollution qui frappent l'émission proprement dite («*end of pipe*») et taxes environnementales qui portent autant sur les «*inputs*» (ressources) que sur les «*outputs*» (émissions).

¹² Du même avis, VALLENDER/JACOBS (note 7), p. 63; KLAUS A. VALLENDER/RETO MORELL, *Umweltrecht*, Berne 1997, p. 167 ss.

¹³ XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, Bâle 1998, p. 355; VALLENDER/MORELL (note 12), p. 170.

prestation étatique. En outre, elles ne sauraient poursuivre de but fiscal puisque leur montant est remboursé à la population.

En revanche, la redevance sur le trafic poids lourds, liée aux prestations, tombe plutôt dans la catégorie des *impôts écologiques à but fiscal*. Plus précisément, il s'agit d'un impôt d'affectation des coûts (*Kostenanlastungssteuer*)¹⁴. On rappellera dans ce contexte que le Tribunal fédéral a récemment reconnu l'existence de cette catégorie particulière de contribution publique à propos d'une contribution sur le nettoyage des routes¹⁵. Pour notre Haute Cour, ce type d'impôt se caractérise par le fait que certaines dépenses étatiques sont mises à la charge d'un groupe de contribuables, plutôt que la généralité, en raison du fait que ce groupe (abstraitement) profite plus que l'autre ou qu'il apparaît comme la cause principale de ces dépenses (*Verursacher*). L'impôt d'attribution des coûts demeure dès lors un impôt inconditionnel qui n'est pas lié à une contre-prestation étatique particulière.

3. Les taxes causales écologiques

Certaines contributions publiques à fonction écologique correspondent à la contrepartie d'un avantage étatique particulier. Suivant qu'elles poursuivent un but d'orientation ou non, elles constituent des *taxes causales d'orientation* ou des taxes causales à fonction de financement. La taxe sur les sacs poubelles appartient par exemple à la première catégorie car elle a pour but d'inciter au tri des déchets. A cette même classification doit être rattachée, on l'a vu, la taxe d'atterrissage dépendante des émissions perçue par l'aéroport de Zurich¹⁶. Sont plutôt à ranger dans les taxes causales à but fiscal les contributions d'enlèvement et d'incinération des ordures ménagères perçues par logement. Elles constituent la contrepartie du droit accordé à chaque ménage d'utiliser les installations publiques d'évacuation et de traitement des déchets qu'il génère¹⁷. Il en va de même des taxes de raccordement au réseau de distribution d'eau et d'évacuation des eaux usées¹⁸.

¹⁴ Voir à ce propos BEUSCH (note 6), p. 208 ss.

¹⁵ ATF 124 I 289.

¹⁶ ATF 125 I 182.

¹⁷ ATF 111 Ia 324; ATF du 29 mai 1997, *RDAF*, 1999, 94.

¹⁸ ATF 125 I 1; 112 Ia 260.

III. L'analyse de la validité d'une taxe écologique

Dans le domaine des contributions publiques, au sens traditionnel du terme, la distinction entre impôts et taxes causales est lourde de conséquences. On admet, par exemple, que la Confédération ne peut percevoir d'impôt au sens strict que si elle dispose d'une base constitutionnelle expresse, alors que le pouvoir de prélever des taxes causales peut se déduire d'une norme d'attribution matérielle de compétence.

De même, les principes fondamentaux du droit fiscal, ancrés désormais à l'art. 127 Cst., ne s'appliquent pas avec la même intensité aux divers types de contribution. S'agissant notamment de la *légalité*, on sera beaucoup plus sévère en présence d'impôts que de taxes causales¹⁹. Quant au principe de la *généralité*, qui postule que les impôts principaux soient prélevés auprès de tous, il n'est guère concerné par les taxes causales. Le respect du principe d'*égalité de l'imposition*, quant à lui, s'analyse différemment suivant la nature d'une contribution et son objectif²⁰. Enfin, ainsi que le prévoit la Constitution fédérale elle-même, le principe de la *capacité contributive* n'est applicable que pour autant que la nature de la contribution le permette. A cet égard, le Tribunal fédéral a déjà jugé que ce principe ne s'applique ni aux impôts dits réels qui frappent un objet particulier sans égard à la situation économique du contribuable²¹, ni aux taxes causales²².

Dès l'instant où l'on attribue une fonction écologique à l'instrument fiscal, le problème se complique. En effet, le but visé par la mise en œuvre d'une taxe écologique doit pouvoir être atteint avec un degré suffisant de certitude. L'Etat ne saurait, sans heurter le principe de proportionnalité, introduire des instruments écologiques dépourvus *a priori* d'efficacité. De plus, le droit de l'environnement est gouverné par un certain nombre de principes directeurs

¹⁹ Voir sur ce point, par exemple, XAVIER OBERSON, «Le principe de la légalité en droit des contributions publiques», *RDAF*, 1996, p. 265; PETER LOCHER, «Legalitätsprinzip im Steuerrecht», *Archives*, 60 (1991/92), p. 1 ss. Pour un état actuel de la jurisprudence, voir ATF 126 I 180 (base légale d'un émoulement du registre foncier).

²⁰ Voir à ce propos, notamment, KATHRIN KLETT, «Der Gleichheitssatz im Steuerrecht», *RDS*, 111 (1992) p. 1; DANIELLE YERSIN, «L'égalité de traitement en droit fiscal», *RDS*, 111 (1992), p. 145.

²¹ ATF 45 I 176; 48 I 36.

²² ATF 103 Ia 80.

(*développement durable, prévention, causalité, coopération*), dont certains, notamment le principe de causalité, peuvent entrer en conflit avec les principes fondamentaux du droit fiscal²³. L'ambivalence inhérente de l'instrument fiscal pose donc un problème délicat, cher au Professeur MORAND, de pesée entre des principes et des valeurs pas nécessairement convergents²⁴.

Typique à cet égard est le problème de la compétence constitutionnelle, heureusement résolu aujourd'hui. De nombreuses années de débat doctrinal ont en effet été nécessaires pour faire admettre que la Confédération puisse introduire des impôts d'orientation écologique sur la simple base de sa compétence en matière de protection de l'environnement, sans disposer de norme constitutionnelle expresse²⁵. Dans cet exemple, la fonction écologique incitative indiscutable des taxes sur les COV ou l'HEL, remboursées à la population, imposait une analyse constitutionnelle de la taxe qui s'écarte de son apparence fiscale, purement formelle.

En substance, on peut penser que si l'on privilégie la fonction fiscale d'une taxe écologique, les principes fondamentaux du droit fiscal, tels que dégagés par la jurisprudence, devront en principe s'appliquer strictement. En revanche, plus la taxe écologique est utilisée comme un instrument d'incitation, au service d'une politique publique d'allocation optimale des ressources, plus les principes du droit de l'environnement prendront de l'importance dans la pesée des intérêts.

La situation ne sera pas nécessairement conflictuelle. Dans le domaine des taxes causales écologiques, en particulier, il y aura souvent convergence entre les principes fiscaux et de droit de l'environnement. Dédit du principe de proportionnalité, le principe fiscal *d'équivalence* – qui gouverne l'ensemble des taxes causales – exige que le prélèvement d'une contribution publique corresponde aux avantages économiques et juridiques objectifs dont bénéficie le contribuable²⁶. Cette exigence n'est pas si lointaine du principe de *causalité* qui postule que la personne à l'origine de coûts en supporte les consé-

²³ Voir VALLENDER/JACOBS (note 7), p. 12 ss, p. 41.

²⁴ CHARLES-ALBERT MORAND, «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», in: *De la Constitution. Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT*, Bâle 1996, p. 57 ss.

²⁵ Pour un état des lieux, voir notamment SEILER (note 6), n° 15 ss.

²⁶ Voir encore tout récemment, ATF 126 I 180, 188.

quences. Mais la ressemblance peut aussi être trompeuse. On ne confondra notamment pas le principe de causalité avec le principe fiscal de la *couverture des frais*. Ce dernier principe, ainsi que l'a rappelé le Tribunal fédéral, se borne à exiger que le montant total des recettes de certaines taxes causales ne dépasse pas la charge financière globale du service étatique concerné²⁷. Il n'implique en revanche pas nécessairement que l'émolument corresponde exactement aux coûts causés par le comportement taxé.

Dans d'autres exemples, notamment en présence d'impôts écologiques, le conflit entre principes fiscaux et environnementaux sera plus patent. Dans ce cas, l'atteinte aux principes fiscaux ne sera admissible que si elle repose sur une justification objective et respecte les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement. Par exemple, on ne saurait proscrire d'emblée une taxe sur les émissions de CO₂ – conforme aux principes de développement durable, de prévention et de causalité – en raison du conflit qu'elle pose avec le principe de la capacité contributive. Dans la mesure où la taxe respecte le principe de proportionnalité, frappe les pollueurs de façon égale et est pourvue de chances raisonnables de succès, elle doit être admise en tant qu'instrument de protection de l'environnement adapté à une situation concrète.

C'est dire que l'analyse ne peut, à notre sens, s'opérer une fois pour toutes. Le label écologique posé *ex ante* n'est pas encore un gage de validité pour toujours. En effet, bien souvent, l'instrument fiscal ne démontre sa réelle fonction qu'après une analyse *ex post*. Or, cette situation est d'autant plus problématique que la validité de la taxe dépend de sa fonction réelle et non des intentions affichées par le législateur.

Il est certes indispensable, si l'on entend privilégier la fonction incitative d'une taxe écologique, de procéder à une évaluation des effets de la mesure envisagée. Cela dit, dans le domaine environnemental, tributaire de l'évolution de la science, de la technique et des connaissances, une telle évaluation est souvent aléatoire. Pour préserver la fonction écologique, diverses mesures compensatoires sont envisageables. Tout d'abord, une certaine flexibilité dans la fixation du montant de la taxe doit être préservée. Cette situation se traduit généralement par la délégation à l'exécutif de la détermination précise du taux de la taxe, le législateur se contentant de fixer son montant maximum.

²⁷ ATF 125 I 196.

Une collaboration avec les milieux intéressés est ensuite nécessaire (principe de coopération), de même qu'une information aux consommateurs concernés. Par exemple, s'agissant de l'introduction de la taxe sur les sacs poubelles, il a été démontré que l'effet de réduction des déchets est subordonné à une bonne information aux particuliers concernés²⁸. Enfin, dans la législation elle-même, des mécanismes doivent être mis en place qui permettent un réexamen fréquent, voire une modification de la mesure.

On constate donc que la validité d'une taxe écologique ne peut être tranchée dans l'abstrait. Régie par divers principes appartenant à des domaines juridiques distincts, répondant à des préoccupations spécifiques, elle ne trouve son fondement qu'après un jugement de valeur, une pesée des divers intérêts publics et privés en présence. Cette situation, problématique sous l'angle de la prévisibilité du droit, est toutefois inéluctable en raison de la particularité de l'instrument choisi qui est censé orienter sans obliger freiner sans interdire.

Pour assurer un minimum de légitimité à cette mesure – résolument néo-moderne²⁹ – il est ainsi indispensable d'insérer dans la législation de mise en œuvre des mécanismes permettant d'assurer que le label écologique qu'elle reçoit ne doit pas être jeté peu après son entrée en fonction.

²⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT DES FORÊTS ET DES PAYSAGES, «Evaluation de la taxe sur les sacs à déchets urbains», *Cahiers de l'environnement*, Berne 1990, n° 136.

²⁹ Dans le sens que donne CHARLES-ALBERT MORAND à ce terme (note 3), (1999), p. 211.

QUE FAIT LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LA CONSTITUTION FÉDÉRALE?

ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN

Professeure à l'Université de Genève

La nouvelle Constitution fédérale contient plusieurs dispositions qui se réfèrent expressément ou indirectement au concept de développement durable. C'est ainsi que l'art. 2 al. 2 relatif aux buts de la Confédération prévoit que celle-ci «favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays». La même notion revient à l'al. 4 du même article bien que dans une terminologie un peu différente: «elle s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles [...]»¹. Le développement durable figure ensuite à l'art. 73, placé en tête de la section 4 sur l'environnement et l'aménagement du territoire, avec encore une terminologie différente: «la Confédération et les Cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain». L'intitulé de l'article est en revanche dépourvu d'ambiguïté. Enfin, l'art. 104 impose à la Confédération de veiller «à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement» à la sécurité de l'approvisionnement de la population, mais également «à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural», de même qu'à l'occupation décentralisée du territoire. L'art. 126 Cst. imposant à la Confédération un équilibre, à terme, de ses dépenses et

¹ La différence de terminologie résulte du fait que l'al. 4 figurait dans le projet du Conseil fédéral qui ne mentionnait pas le terme «développement durable», alors que l'al. 2 a été introduit par les Chambres fédérales dans le but de conférer une certaine importance à ce principe (BO CN 1998, p. 629-633; ég. BO CE 1998, p. 76; intervention AEBY).

recettes, est considéré comme relevant de la même préoccupation². Lors du débat aux Chambres, l'importance de cette référence à un principe également ancré en droit international a été soulignée à diverses reprises³. Même si la volonté du législateur ne s'est pas toujours exprimée de façon univoque, il s'agit de l'émergence d'un principe constitutionnel qui ne se limite pas à un contenu déclamatoire.

I. Définition du développement durable

La notion de développement durable a été définie par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (dite «Commission Brundtland») en 1987⁴: le développement durable («soutenable») dans le rapport de la Commission) satisfait les besoins des générations présentes sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire leurs propres besoins. Cette définition a été reprise en 1992 dans le cadre de la Déclaration de Rio (déclaration finale de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, principes 3 et 4)⁵. C'est une notion complexe, qui correspond à la réalité des sociétés modernes, complexes tant au niveau des intérêts qui s'y manifestent qu'à celui des mécanismes économiques ou sociaux impliqués ou des besoins et des aspirations de la population⁶. Son contenu est

² RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung*, Bâle 2000, p. 52; LUZIUS MADER «Die Sozial- und Umweltverfassung», *AJP/PJA* 1999, p. 704; LUZIUS MADER, «Die Umwelt in neuer Verfassung?», *URP/DEP* 2000, p. 106; BO CN 1998, p. 632 (intervention LEUBA).

³ BO CN 1998, p. 630-631, 649; BO CE 1998, p. 76.

⁴ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, édition française, Montréal 1988; le terme «soutenable» utilisé dans le rapport est une transposition directe du terme anglais «sustainable» (de même, le terme «sostenibile» en italien); également, «Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse», *OFEFP*, 1997; CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, «Développement durable, plan d'action pour la Suisse», *OFEFP*, Berne 1997, chif. 1.1, p. 1 ss.

⁵ Principe 3: «Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures». Principe 4: «Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément»; voir également la définition de «l'utilisation durable» des «éléments constitutifs de la diversité biologique» contenue à l'art. 2 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992.

⁶ Sur la relation entre cette complexité et le droit: MARTIN LENDI, *Subtilitäten des Rechts*, Zürich 1996, p. 73 ss.

avant tout économique et concerne en premier lieu l'utilisation des ressources naturelles, au sens le plus large du terme. Dans ce contexte, la «prospérité commune» évoquée par la Constitution ne s'évalue pas en termes purement monétaires de «croissance», mais par un «développement», c'est-à-dire une amélioration constante du rendement des ressources naturelles, mais aussi humaines et financières⁷. Cette nécessité d'améliorer le rapport existant entre les ressources consommées et la satisfaction des besoins qui en découle est au cœur de la notion de «durabilité». Elle est parfois expressément liée à l'exigence de n'utiliser que les ressources naturelles *renouvelables*, c'est-à-dire de ne percevoir que les «revenus» de la nature sans en entamer le «capital». Si cette exigence relève sans doute du développement durable, elle n'en est pas le seul critère.

Le développement durable n'est concevable, selon sa définition même, que s'il remplit les conditions de: (a) préserver les ressources naturelles nécessaires à la vie, (b) garantir la solidarité entre les individus, les sociétés et les générations, (c) permettre la satisfaction des besoins légitimes des individus et des sociétés. Il est par essence un principe de synthèse⁸.

II. Le développement durable en droit international

D'abord qualifié d'«émergent», le principe de développement durable paraît actuellement bien établi en droit international. Depuis la déclaration de Rio, il ne manque pas d'être réaffirmé dans toutes les conventions multilatérales ayant trait aux ressources naturelles, ainsi que, de façon particulièrement

⁷ Le texte italien de la Constitution (bien qu'il résulte d'une traduction imparfaite) implique d'ailleurs, de façon significative, que le caractère «durable» est un attribut de la «prospérité» souhaitée.

⁸ Cette synthèse n'est qu'imparfaitement exprimée par l'image du «triangle magique» souvent utilisée pour exprimer le lien entre économie, écologie et préoccupations sociales: COMITÉ INTERDÉPARTEMENTAL DE RIO (CI-RIO), *Éléments pour un concept de développement durable OFEFP*, Berne 1997, ad ch. 1.1, p. 23; CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Développement durable, Plan d'action pour la Suisse, OFEFP*, Berne 1997, p. 1-3, ch. 1.1; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, «L'intégration de l'économie dans le développement durable», in: *La Suisse sous la pression de la mondialisation*, Annuaire de la Nouvelle société helvétique 1999/2000, p. 26; LENDI (note 6), p. 94.

significative, dans le préambule de l'accord OMC de 1994⁹. Le principe se voit ainsi attribuer diverses fonctions à la portée normative variable. Tout d'abord il constitue un moyen d'interprétation des textes conventionnels. Il peut d'autre part servir d'élément de référence dans le contrôle de la bonne application et de l'exécution de conventions internationales. Il peut enfin donner des lignes directrices dans le cadre de négociations en vue de l'élaboration de nouvelles normes ou du développement de normes existantes¹⁰.

Dans ce contexte, le principe du développement durable est considéré comme incluant un certain nombre d'éléments eux-mêmes qualifiés de «principes» ou de «sous-principes». Il s'agit tout d'abord du principe de la solidarité entre générations, et d'autre part de l'usage «soutenable» ou «durable» des ressources naturelles auquel s'ajoute parfois la notion d'«équitable»¹¹. Enfin, la synthèse de ces divers aspects est caractéristique du principe parfois également qualifié, de ce fait, de «principe d'intégration»¹². En outre une série d'autres principes, découlant soit de la déclaration de Rio, soit d'autres conventions multilatérales sur la protection de l'environnement, sont considérés comme ayant une relation particulièrement étroite avec la notion de développement durable, notamment le principe de collaboration internationale et celui de responsabilité conjointe mais différenciée, de même que les principes désormais classiques en droit interne comme en droit international d'action préventive (ou «de prévention»), de causalité (plus connu comme «pollueur-payeur») et de précaution¹³.

L'accord de 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce présente un intérêt particulier dans cette perspective, au vu de l'interprétation

⁹ Parmi les conventions ayant un objectif très large, on relèvera l'art. 6 de la Convention sur la diversité biologique qui engage les parties contractantes à intégrer «la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique» dans leurs plans, programmes et politiques diverses, ainsi que l'art. 3 ch. 5 de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 qui en fait un objectif du système économique. Cf. également l'art. 2 al. 1 de la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification.

¹⁰ Voir sur ces questions l'examen détaillé de PHILIPPE SANDS, «International Law in the field of the Sustainable Development: Emerging Legal Principles», in: LANG (éd.) *Sustainable Development and International Law*, Londres 1995, p. 56 ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 58 ss.

¹² *Ibidem*, p. 61.

¹³ *Ibidem*, p. 63 ss; les derniers mentionnés figurent notamment à l'art. 174 al. 2 du Traité instituant la Communauté européenne, comme principes directeurs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement.

qui en a été faite par l'organe d'appel de l'OMC dans le cadre du litige relatif aux importations de crevettes en provenance de pays du Sud-Est asiatique¹⁴. Dans le préambule de l'accord, en effet, l'objectif de «pleine utilisation des ressources mondiales», qui avait été retenu en 1947, a fait place à l'objectif de l'«utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable». La décision de l'organe d'appel de l'OMC soulignant la nécessité d'interpréter les accords du GATT dans une perspective évolutive, en particulier lorsqu'ils se réfèrent à des notions relevant du droit de l'environnement, cite, de façon significative, le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement dans sa définition d'une conception large des ressources naturelles épuisables au sens de l'article XX (g) du GATT 1994. La référence au «développement durable» doit, dans ce contexte, être comprise dans le sens donné par diverses conventions multilatérales, portant toutes sur l'utilisation des ressources naturelles, qui sont censées refléter la coutume en cette matière¹⁵.

Si, en droit international, l'application du principe de développement durable peut donc être considérée comme ayant un impact direct sur l'application et l'interprétation de normes conventionnelles¹⁶, une certaine incertitude subsiste quant au degré de concrétisation que le principe peut souffrir¹⁷. Il consacre néanmoins la prépondérance des considérations de gestion à long terme des ressources communes sur l'exploitation destructrice à court terme

¹⁴ Décision de l'organe d'appel du 12 décembre 1998: WT/DS58/AB/R disponible sur le site www.wto.org. en version anglaise originale et en version française. Le litige avait trait à la législation des Etats-Unis d'Amérique interdisant l'importation de crevettes, provenant notamment de Thaïlande, fondée sur le motif que les méthodes de pêche employées pour les prélever ne permettaient pas d'éviter la capture et la destruction indiscriminée de tortues marines.

¹⁵ WT/DS58/AB/R, p. 51, par. 106; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, «Impact de la mondialisation sur les droits nationaux: Droit de l'environnement», in: *Colloque sur la mondialisation et le droit* (à paraître).

¹⁶ Dans le sens retenu par SANDS (note 10) dans ses conclusions.

¹⁷ Voir par exemple les commentaires de HOWARD MANN sur le texte de PHILIPPE SANDS, in: *Sustainable Development and International Law*, p. 67 ss, en particulier p. 71-72; également les diverses interprétations de la jurisprudence de l'OMC, voir ERNEST-ULRICH PETERSMANN, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, London 1995, p. 29 ss, 32-34; PEIDER KÖNZ (éd.), «Trade Environment and Sustainable Development», Publications UNU/IAS-ICTSD, Genève 2000, en particulier GONZALO BIGGS, *Reflections on the WTO and Sustainable Development*, p. 3 ss, 14-18; pour un exemple remarquable de concrétisation, voir l'arrêt de la Cour suprême indienne dans l'affaire *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and others*, *Journal of Environmental Law* 1997, p. 387 ss.

et il appartient au législateur et aux tribunaux nationaux d'en préciser les applications concrètes.

III. La portée de principe de la référence au développement durable

La présence du principe de développement durable dans l'ordre juridique suisse avant son insertion dans le texte de la Constitution fédérale ne devrait pas faire de doute¹⁸, même si sa portée n'a pas eu l'occasion d'être précisée dans la pratique. La Suisse a adhéré aux principes de Rio et le principe découle également de l'évolution que l'on peut remarquer dans l'approche législative en matière de protection de l'environnement¹⁹, comme de l'action politique du Conseil fédéral et du Parlement²⁰. Sa consécration dans le nouveau texte et l'importance que lui a attribuée, à cette occasion, le législateur²¹, devrait permettre d'aboutir à la conclusion qu'il s'agit d'un principe décisif pour l'interprétation et l'évolution de l'ensemble du droit suisse.

A. *Le développement durable, un principe constitutionnel*

Le nouveau texte de la Constitution contient des principes et des notions fondamentales de nature diverse dont il conviendra d'interpréter la portée²², sur-

¹⁸ Voir notamment sur cette question MARTIN LENDI (note 6), p. 74 ss.

¹⁹ ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, «Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse», in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, par. 36, par. 10 ss.

²⁰ Voir en particulier: OFEFP, *Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse*, Berne 1997; COMITÉ INTERDÉPARTEMENTAL DE RIO (CI-RIO), *Éléments pour un concept de développement durable*, OFEFP, Berne 1997; CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Développement durable, Plan d'action pour la Suisse*, OFEFP, Berne 1997; également GIOVANNI BIAGGINI, «Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre» in: *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für YVO HANGERTNER*, p. 957 ss, concernant le rôle «constitutionnel» du droit international (974-975).

²¹ BO CN 1998, p. 629-633 (interventions FRITSCHI, ZWYGART, LEUBA); également BO CE 1998, p. 76 (intervention AEBY).

²² RHINOW (note 2), p. 52, attribue au principe de développement durable une complexité plus grande qu'à ceux de l'intérêt public ou de la proportionnalité. Pour BERNHARD EHRENZELLER, «Im Bestreben, den Bund zu erneuern», in: *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für YVO HANGERTNER*, p. 992, il nécessite une

tout pour ceux d'entre eux qui ne correspondent pas aux types de principes précédemment admis. S'il est vrai que leur multiplication peut rendre plus difficile leur application cohérente²³, ils n'en ont pas moins été voulus (et parfois avec insistance) par le législateur²⁴. Le développement durable apparaît dans ce contexte comme un principe constitutionnel imposant une prise en compte aussi large que possible de la nécessité de préserver à la fois le milieu naturel et les éléments de solidarité sociale qui le caractérisent, lorsque ces impératifs entrent en conflit avec des «but斯 simplement légaux et d'autres principes constitutionnels»²⁵.

La complexité du concept ne le rend pas plus impropre à une application concrète²⁶ que d'autres principes réputés plus simples (égalité? proportionnalité?), mais en réalité seulement plus familiers. Son but ne se limite pas davantage à orienter le raisonnement juridique²⁷. En revanche, son interprétation doit être à la fois concrétisée et harmonisée, au-delà des différences de rédaction qui l'accablent²⁸, des «responsabilités envers les générations futures» du préambule à «l'établissement d'un équilibre durable entre la nature

concrétisation systématique; HENRICH KOLLER, «Die Aufnahme staatsgestaltender Grundsätze», in: *Der neue Bundesverfassung*, Solothurner Festsache zum Schweizerischen Juristentag 1998, p. 41, exprime toutefois des réserves quant à la multiplication des principes éthiques et écologiques dans la nouvelle constitution.

²³ KOLLER (note 22), p. 41 ss.

²⁴ Sur la multiplicité et la diversité des principes constitutionnels dans l'ancienne Constitution, voir KURT EICHENBERGER, in: *Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction à la Constitution fédérale*, par. 87 ss; également BLAISE KNAPP, «Les principes constitutionnels et leurs relations», in: *Festschrift NEF*, Zurich 1981, p. 167 ss; CHARLES-ALBERT MORAND, «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», in: *De la Constitution, Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT*, Bâle 1996, p. 57 ss, 61-62.

²⁵ BERND SÖHNLEIN, «Rechtsstaat und Naturstaat – ein hölzernes Eisen?», in: *Herausgeforderte Verfassung*, 16^{ème} Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 575; également JÖRG LEIMBACHER, «Staat machen ohne Natur?», in: *Herausgeforderte Verfassung*, 16^{ème} Colloque de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, Fribourg 1999, p. 595 ss; BÉATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht I*, Zurich 1999, p. 30, souligne cet aspect en indiquant comme domaine d'application du principe non seulement l'agriculture mais également le secteur énergétique.

²⁶ Comme paraît le sous-entendre KOLLER (note 22), p. 43, qui relève toutefois l'existence de principes constitutionnels ayant à la fois valeur subjective et de programme (p. 19).

²⁷ MORAND (note 24), p. 62; cf. également les «bloss rechts- oder staatspolitische Maxime» évoquées par KOLLER (note 22), p. 21.

²⁸ EHRENZELLER (note 22), p. 992.

[...] et son utilisation» de l'art. 73 Cst, en passant par le développement durable proprement dit de l'art. 2 al. 2 Cst. Il ne s'épuise pas en une option fondamentale²⁹ de nature politique, mais constitue bien un principe constitutionnel susceptible d'être appliqué par les tribunaux en conjonction avec des droits³⁰.

La nature complexe du développement durable va en outre l'amener à s'appliquer en conjonction avec d'autres principes. Dans cette perspective, le principe de précaution, que l'on considère parfois comme un de ses «sous-principes», en constitue en tout cas un complément nécessaire, sans en être pour autant un substitut³¹. La préservation à long terme des conditions d'existence des sociétés est en effet difficile à concevoir si l'on attend la preuve de l'absence de viabilité d'un comportement pour le modifier. En matière de ressources naturelles, cette preuve équivaut à la destruction, souvent irréversible, de la ressource (mais il n'en va pas fondamentalement différemment des équilibres culturels ou socio-économiques à l'intérieur des sociétés). Le principe de précaution vise précisément à aborder les problèmes sans recourir à cette pédagogie des catastrophes³². Dans la perspective du développement durable, le principe de précaution n'est toutefois pas limité à des mesures qui relèvent de la protection de l'environnement *stricto sensu* et ne souffre dès lors pas des restrictions que l'on pourrait vouloir lui apporter dans le cadre de l'art. 74 al. 2 Cst. qui reprend, dans sa première phrase, le principe contenu à l'art. 1 al. 2 LPE. Dans sa version allemande (*Vorsorgeprinzip*), cette notion correspond à la fois au principe de prévention (dans la terminologie européenne, celui «d'action préventive») et au principe de précaution. Toutefois, cette dernière signification n'a été jusqu'ici évoquée qu'avec beaucoup de prudence par la doctrine et la jurisprudence³³. En revanche, il faut

²⁹ EICHENBERGER (note 24), par. 97 ss.

³⁰ *Ibidem*, par. 110 ss; KNAPP (note 24), p. 168; sur la méthode, voir l'exemple de la Cour suprême indienne (note 17), p. 392.

³¹ LENDI (note 6), p. 92-95.

³² Voir sur cette question LENDI (note 6), p. 92 ss; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 19), par. 18-19; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 15), ch. II; également *Vellore Citizens Welfare Forum* (note 17), p. 392.

³³ Voir notamment HERIBERT RAUSCH, *Kommentar USG*, art. 1 par. 19, art. 8, par. 8; KLAUS VALLENDER/RETO MORELL, *Umweltrecht*, Berne 1997, par. 5, par. 24 ss; WAGNER PFEIFER (note 25), p. 27 ss; LENDI (note 6), p. 85 et 92; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 15), ch. II. 3; on comparera utilement, pour apprécier l'évolution de cette interprétation, l'ATF 116 Ib 265 et l'arrêt du 30 août 2000 relatif aux valeurs limites en matière de rayons non ionisants (URP/DEP 2000-602).

admettre que le principe de précaution est imposé, au même titre que celui d'action préventive (et celui de causalité, figurant à l'art. 74 al. 2, 2^{ème} phrase), par le principe de développement durable, au-delà de l'art. 74 al. 2 Cst. Tel est d'ailleurs bien le cas si l'on considère l'influence actuelle du principe de précaution, par exemple, dans des domaines qui relèvent de la biotechnologie, et dont la réglementation est fondée sur la norme de compétence de l'art. 120 Cst.³⁴.

B. Choix législatifs et application du principe

Les principes de prévention (respectivement de précaution) et de causalité ont indiscutablement vocation à s'appliquer dans des cas concrets devant les tribunaux³⁵. Si la classification juridique de ces principes a pu prêter à discussion, leur ascension formelle au rang constitutionnel devrait désormais y mettre fin³⁶. On peut comparer avec intérêt la nouvelle situation suisse avec celle de l'Union européenne qui énonce les mêmes principes dans le cadre du Traité: la Cour de justice des communautés européennes a examiné le grief de violation des principes du pollueur-payeur et de la correction par priorité à la source avec ceux de violation de la proportionnalité et du droit de propriété, sans distinction de nature³⁷. La portée du principe de développement durable, en revanche, suscite encore certains doutes, à la fois pour des raisons matérielles (définition) et formelles (place dans le texte constitutionnel)³⁸.

Les objections de forme relèvent sans doute, pour ce qui concerne spécifiquement le principe du développement durable, d'un excès de scrupules. Ce principe apparaît à divers endroits de la constitution et il est difficile de trouver, dans les débats qui ont précédé l'adoption des différents articles s'y référé-

³⁴ Sur la relation de cette norme avec les problèmes d'environnement, voir MADER (note 2), p. 116; sur une conception implicitement large: *Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 1^{er} mars 2000*: FF 2000 2283 ss.

³⁵ Sur leur incidence et leur portée, voir notamment: ATF 116 Ib 265, 268; 118 Ib 407.

³⁶ Il n'y a en effet pas lieu de traiter différemment des principes introduits dans la Constitution par le constituant et ceux à qui le Tribunal fédéral a donné rang constitutionnel: voir KNAPP (note 24), p. 167; également MORAND (note 24), p. 61-62.

³⁷ *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1999, p. 419 (affaire C-293/97 concernant le Royaume Uni, en traduction française).

³⁸ KOLLER (note 22), p. 43; MADER (note 2), p. 114-115; EHRENZELLER (note 22) p. 992.

rant, un fil conducteur quant au choix d'un emplacement particulier, si ce n'est peut-être le refus de le faire figurer à l'art. 4 Cst. (actuellement art. 5)³⁹. De par sa nature, ce concept nécessite une interprétation conçue en fonction de «l'unité de la constitution»⁴⁰.

En ce qui concerne l'argument de fond, il n'a pas trait à sa nature de principe, mais bien à sa portée pratique. Il s'agit de savoir dans quelle mesure ce principe va au-delà d'une déclaration «de programme» ou, au mieux, d'une «option fondamentale»⁴¹. Sur ce point, il convient de distinguer la portée du principe à l'égard du législateur et celle qu'il peut avoir dans la mise en œuvre du droit.

1. Choix législatifs

La notion de développement durable comporte au moins trois éléments qui sont décisifs pour l'orientation de choix législatifs: (a) l'exigence de cohérence entre les objectifs économiques, écologiques et sociaux, (b) la préférence donnée aux solutions garantissant à long terme le maintien de cette cohérence et la sauvegarde des ressources naturelles vitales et (c) l'application du principe de précaution. Dans les choix législatifs, ces trois éléments sont une nécessité à laquelle ni le Gouvernement ni le Parlement ne sauraient se soustraire⁴². Il ne semble d'ailleurs pas que le législateur (ou du moins le Conseil fédéral) le veuille, comme en témoigne le projet dit «Gen-Lex» pour ce qui a trait aux organismes génétiquement modifiés⁴³. Le respect de cette obligation constitutionnelle suppose toutefois une cohérence dans l'action appliquée à un ensemble de domaines qui ne sont pas toujours perçus comme

³⁹ Les avis exprimés sont toutefois trop divers pour en déduire une opinion claire du législateur, si l'on excepte celui du Conseil fédéral (BO CN 1998, p. 650: intervention KOLLER) dont il faut toutefois rappeler la très grande réticence à l'égard du principe, que les chambres n'ont pas partagée.

⁴⁰ EHRENZELLER (note 22), p. 992, qui tire en particulier argument du texte du préambule et du devoir du peuple et des cantons «d'assurer leur responsabilité envers les générations futures».

⁴¹ EICHENBERGER (note 24), par. 96 ss; KOLLER (note 22), p. 43.

⁴² MADER (note 2), p. 115, qui cite en particulier la controverse relative au droit de recours des organisations de protection de l'environnement, ALEXANDRE FLÜCKIGER/CHARLES-ALBERT MORAND/THIERRY TANQUEREL, «Evaluation du droit de recours des organisations écologistes», OFEFP, Berne 2000.

⁴³ PETITPIERRE-SAUVAIN (note 15) ch. II. 3; voir également *Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse* (note 4).

étroitement liés⁴⁴. La difficulté à faire adopter une réforme fiscale écologique (rejetée par le peuple en septembre 2000) en témoigne de façon éloquente⁴⁵. De ce point de vue, les problèmes posés par l'application de la nouvelle constitution ne diffèrent pas fondamentalement de l'obligation de mettre en œuvre les engagements pris sur le plan international. Or l'on sait que cette mise en œuvre se heurte à des difficultés relevant parfois de l'incompréhension, mais le plus souvent du manque de volonté et de ressources⁴⁶. En revanche, les objections fondées sur la compatibilité avec le système de l'OMC ne sont insurmontables ni au regard de l'évolution des traités multilatéraux en matière de protection de l'environnement, ni sur la base de la jurisprudence de l'organe d'appel de l'OMC⁴⁷.

L'application du principe du développement durable peut amener le législateur à restreindre certaines libertés fondamentales. Une loi fondée sur ce principe satisfait en tout cas à l'exigence d'un intérêt public⁴⁸. Pour certaines d'entre elles, il s'agit en réalité d'une nouvelle définition (ou d'une évolution de la définition) qui relève de l'interprétation de ces libertés elles-mêmes.⁴⁹ Tel est le cas pour la liberté économique, puisque le développement durable est, en soi, un concept économique⁵⁰. Il s'agit ici de considérer la liberté économique, dans sa fonction institutionnelle⁵¹, comme intégrant le facteur de *durabilité* dans la notion même d'économie de marché. Dès lors, l'«ordre économique fondé sur le marché»⁵², que l'on évoque souvent pour faciliter la

⁴⁴ Sur l'ampleur de la tâche, voir CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 4), ch. 2 et 4.

⁴⁵ Sur la nécessité d'une telle réforme dans l'optique de développement durable: *Ibidem* ch. 4.5; également KLAUS A. VALLENDER, «Ökologische Steuerreform und Eidgenössische Energieabgaben», *URP/DEP*, 2000, p. 527 ss.

⁴⁶ Voir notamment GÜNTHER HANDL, «The Sustainable Development: General Rules Versus Specific Obligations» et ANTONIA HANDLER CHAYES/ABRAM CHAYES/RONALD B. MITCHELL, «Active Compliance Management in Environmental Treaties», in: *The Sustainable Development and International Law* (note 10), p. 75 ss; cf. également l'expérience anglaise, ANDREA ROSS, «Greening Government – Tales from the New Sustainability Watchdog», *Journal of Environmental Law*, 2000, p. 175 ss.

⁴⁷ PETITPIERRE-SAUVAIN (note 15), ch. II. 3; *WT/DS 58/AB/R*, p. 81 ss; *Message du Conseil fédéral* (note 34).

⁴⁸ Sur la nature et le rôle de cette notion: ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. II, par. 205 ss, p. 101 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 161-162, p. 80-81; sur les interventions admissibles, par. 661 ss, p. 342 ss.

⁵⁰ *Supra*, ch. 1; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 19), par. 21-22.

⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 48), par. 610 ss, p. 317 ss.

⁵² *Ibidem*, par. 611, p. 318.

compréhension de la liberté économique, ne mérite le qualificatif d'«ordre» que si le marché en question permet de satisfaire l'exigence de «durabilité». Dans l'analyse économique, cette exigence correspond à celle d'intégration (ou *internalisation*) des coûts sociaux et environnementaux⁵³. Le marché lui-même, qui n'est qu'un mécanisme d'échange de biens, ne peut constituer un bien en soi, mais seulement une expression de la liberté des acteurs économiques. Encore faut-il qu'il fonctionne de façon adéquate, c'est-à-dire qu'il puisse réaliser sa fonction d'échange de biens et de fixation de prix de telle sorte que ces derniers correspondent à un optimum (rencontre de l'offre véritable et de la demande informée). L'existence de coûts externalisés (soit, reportés sur la société dans son ensemble) constitue un dysfonctionnement du marché, de sorte que l'exigence d'internalisation ne constitue pas une entrave au marché, mais le rétablissement du marché véritable. Traduite en termes juridiques, cette exigence n'est donc pas une restriction de la liberté économique.

2. Application de la loi

L'application du principe du développement durable comme critère d'interprétation de l'ensemble du droit ne pose pas davantage de problèmes particuliers⁵⁴. Certes, le caractère durable d'une mesure peut être examiné dans de nombreux domaines ne se limitant pas à la protection de l'environnement, ce qui permet à l'exigence de durabilité d'être intégrée aux décisions, qu'elles soient politiques ou de stricte application de la loi, qui relèvent de domaines que l'on n'associe pas traditionnellement avec la préservation des ressources naturelles⁵⁵. Pour ce dernier domaine, l'application pratique devrait être d'autant moins discutable que l'art. 73 Cst. relatif au développement durable sert de «chapeau» à l'art. 74 Cst. contenant les deux autres principes qui lui sont habituellement associés le plus étroitement, celui de précaution-prévention et celui de causalité. Or, ceux-ci sont issus de la LPE dans laquelle ils jouaient précisément ce rôle.

En soi, la compatibilité avec ce principe d'une mesure déterminée, dans un cas concret, ne constitue pas un examen plus complexe que pour ces der-

⁵³ Sur cette question, voir, par exemple, BEAT BÜRGENMEIER/YUKO HARAMAYA/NICOLAS WALLART, *Théorie et pratique des taxes environnementales*, Paris 1997; VALLENDER/MORELL (note 33), par. 2, par. 11.

⁵⁴ WAGNER PFEIFER (note 25), p. 30.

⁵⁵ PETITPIERRE-SAUVAIN (note 19), par. 22-23.

niers. Sa mise en œuvre ne paraît pas non plus être plus difficile que celle du principe de proportionnalité⁵⁶ ou de tout autre principe faisant appel à une pesée d'intérêt⁵⁷. La proportionnalité occupe toutefois désormais, par son inscription à l'art. 5 Cst., une place dans l'ordre constitutionnel que l'on a refusée au principe de développement durable⁵⁸. On ne peut en déduire pour autant qu'il y ait une différence qualitative, le développement durable ne pouvant justifier un choix d'interprétation ou s'opposer à une application du droit qui en violerait les fondements. D'une part, en effet, ce principe était présent dans l'ordre juridique avant d'être inscrit dans le texte constitutionnel⁵⁹. D'autre part, le débat relatif à un éventuel art. 4a qui l'aurait repris comme «autre» principe ne tient pas compte de l'ensemble des mentions du développement durable dans la constitution et de ses relations avec les principes de l'activité de l'Etat énoncés dans l'actuel article 5 Cst. Que ce soit dans l'optique de l'intérêt public ou pour le respect du droit international (al. 2 et 4), l'examen de la durabilité a sa place⁶⁰.

Il s'agit donc d'examiner si une mesure est conforme à l'objectif politique recherché (dans ce cas le développement durable comme objectif de gouvernement)⁶¹, mais également de s'assurer qu'intrinsèquement la mesure répond aux critères essentiels de la durabilité. Ceux-ci doivent donc être dégagés et, sans doute, schématisés, pour permettre cette évaluation. Ils comportent nécessairement la *cohérence* entre les aspects écologiques, économiques et sociaux de la mesure et sa *viabilité* à long terme dans l'optique de la préservation des ressources naturelles.

3. Application au droit cantonal

La portée du principe pour les cantons a toujours fait l'objet de références très prudentes⁶². Le texte de l'art. 73 Cst. ne laisse aucun doute quant au fait

⁵⁶ KNAPP (note 24), p. 171; également sur la proportionnalité: AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 48), par. 582 ss, p. 304 ss, par. 958, p. 470.

⁵⁷ MORAND (note 27), p. 63 ss.

⁵⁸ BO CN 1998, p. 649-650.

⁵⁹ *Supra* ch. 3 et note 18.

⁶⁰ Voir en particulier BO CN 1998, p. 649 (intervention DEISS).

⁶¹ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 191.

⁶² Voir par exemple: CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 4), ch. 3.2, p. 12-13; également l'intervention parlementaire d'OSTERMANN pourtant favorable au principe (BO CN 1998, p. 630).

qu'il s'impose également aux cantons. S'agissant d'une même notion que la constitution reprend dans divers contextes, il n'y a pas lieu d'en déduire que les cantons seraient moins tenus de respecter ce principe que la Confédération (dont il est un but) ou qu'ils ne pourraient s'en prévaloir afin de justifier les mesures qu'ils prennent pour le réaliser. Les remarques formulées dans ce sens lors du débat aux chambres fédérales sont dépassées par le texte finalement adopté et par la nécessité d'assurer une interprétation cohérente de la constitution.⁶³

Les cantons sont, tout comme la Confédération, en mesure de se prévaloir de l'interprétation de la liberté économique qui résulte de la prise en compte du développement durable.⁶⁴ Ils peuvent également considérer que leurs interventions fondées sur des préoccupations de développement durable répondent au critère d'intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.). En revanche, il ne leur est pas loisible d'en faire abstraction dans leur politique économique, sociale et environnementale, sous le prétexte que le développement durable ne relèverait que des buts de la Confédération. Une telle interprétation, outre l'incohérence qu'elle introduirait dans l'interprétation du principe lui-même, irait à l'encontre de l'art. 73 Cst. et violerait également l'art. 5 al. 4 Cst.

Conclusion

Le développement durable comme objectif politique ne peut se réaliser «par le seul établissement de règles d'actions simples. Le développement durable doit être compris comme un processus d'apprentissage économique, social et politique à long terme». Sa concrétisation et sa mise en œuvre supposent en particulier «une harmonisation des intérêts politiques, sociaux et économiques»⁶⁵, articulée autour de la prise en considération du seuil de tolérance écologique de la biosphère, la cohérence des mesures adoptées et la prise en compte des générations futures.

⁶³ Dans le sens préconisé par EHRENZELLER (note 22), p. 992, en tenant compte en particulier de la portée du préambule.

⁶⁴ *Supra* ch. 3.2.1.

⁶⁵ CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 4), ch. 1.1, p. 3.

En prenant dans la Constitution la place qui lui revenait, il est reconnu comme instrument d'évaluation et de pilotage de la mise en œuvre concrète de ces exigences. L'évaluation de la durabilité d'une mesure devient dès lors un élément de compatibilité de cette mesure avec les valeurs fondamentales de la Constitution. Le principe peut ainsi favoriser «l'internormativité croisée entre les valeurs et intérêts exprimés dans le cadre des politiques publiques et ceux qui figurent dans d'autres réseaux normatifs» qu'évoque CHARLES-ALBERT MORAND à propos notamment du principe de proportionnalité⁶⁶.

L'attribution d'une portée plus modeste (caractère purement programmatique) à cette exigence paraît difficilement compatible avec sa réaffirmation à la fois dans le préambule, dans les buts de la Confédération et dans l'exercice des compétences qui lui sont conférées pour la gestion des ressources naturelles. «L'introduction à l'échelle mondiale du développement durable deviendra à long terme une question de survie pour l'humanité»⁶⁷. Il est permis d'espérer que l'évaluation permanente de l'action de la Confédération et des Cantons en fonction de l'exigence constitutionnelle de développement durable puisse apporter une contribution à cette survie.

⁶⁶ MORAND (note 61), p. 191.

⁶⁷ CONSEIL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE (note 4), ch. 1.2, p. 6.

LISTE DES PUBLICATIONS DE CHARLES-ALBERT MORAND

1. Ouvrages

La législation dans les Communautés européennes, Paris 1968.

Le droit néo-moderne des politiques publiques, Paris 1999.

2. Direction d'ouvrages collectifs

L'avortement, Genève 1975.

Le droit en action; étude de la mise en œuvre de la loi Furgler, St-Saphorin 1982, avec JEAN-DANIEL DELLEY.

Grundstückwerb durch Ausländer in der Schweiz; empirische Untersuchung des Vollzugs der lex Furgler, Berne 1984; traduction du précédent.

L'égalité entre hommes et femmes; bilan et perspectives, Lausanne 1988.

Le droit des médias audio-visuels, Bâle 1989.

Le droit social à l'aube du XXI^{ème} siècle; Mélanges ALEXANDRE BERENSTEIN, Lausanne 1989.

Les instruments d'action de l'Etat, Bâle 1991.

L'Etat propulsif; contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat, Paris 1991.

La légalité: un principe à géométrie variable, Bâle 1992.

Figures de la légalité, Paris 1992.

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination, Bâle 1992.

Evaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence 1993.

Aménagement du territoire et protection de l'environnement; la simplification des procédures, Bâle 1995.

La pesée globale des intérêts; droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Bâle 1996.

Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Les grands courants de l'herméneutique juridique, numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1999, avec FRANÇOIS OST.

La crise des Balkans de 1999; les dimensions historiques, politiques et juridiques du conflit du Kosovo, Bruxelles 2000.

Le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles 2001.

3. Articles

«Les recommandations et les avis du droit «communautaire», *Cahiers de droit européen*, Bruxelles 1970, p. 623 ss.

«Réflexions sur la nature des recommandations internationales et des actes de planification», *Revue générale de droit international public*, Paris 1970, p. 969 ss.

«Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression», *Mémoires de la Faculté de droit*, vol. 39, Genève 1973, p. 23 ss.

«Les groupes d'intérêt et la révision totale de la Constitution fédérale», *Revue de droit suisse*, vol. 39, 1974 I, p. 487 ss, avec JEAN-DANIEL DELLEY.

«Les droits fondamentaux en Suisse; étude critique dans la perspective de la révision totale de la Constitution fédérale», *Recueil des travaux suisses présentés au IX^{ème} Congrès international de droit comparé*, Bâle 1975, p. 197 ss.

«La liberté de la radio et de la télévision», *Mémoires de la Faculté de droit*, vol. 50, Genève 1976, p. 173 ss.

«Le contrôle démocratique dans les Communautés européennes», in: *Le Parlement européen: pouvoir, élection, rôle, futur, actes du 8^{ème} Colloque de l'Institut d'études juridiques européennes sur les Communautés européennes*, vol. 42, Liège 1976, p. 73 ss.

«Etude analytique et critique du Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses», *RDS* 117, 1976 I, p. 63 ss; avec ANNE ET GILLES PETITPIERRE.

«Le cadre constitutionnel de l'obligation du port de la ceinture de sécurité», in: *Le port obligatoire de la ceinture de sécurité. Hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*, Travaux CETEL n° 1, 1977, p. 16 ss.

«Vers un nouveau mode de répartition des tâches entre la Confédération et les cantons», *Zofingia*, vol. 119, 1979, p. 103 ss.

- «Rôle et statut constitutionnel des centrales syndicales», Recueil des travaux suisses présentés au X^{ème} Congrès international de droit comparé, Bâle 1979, p. 175 ss, avec JEAN-DANIEL DELLEY.
- «La liberté syndicale des salariés en Suisse», in: *La liberté syndicale des salariés*, Berlin 1980, p. 817 ss.
- «Les droits de l'homme dans le projet de Constitution», in: *Les droits de l'homme dans l'enseignement*, Berne 1981, p. 5 ss.
- «Démocratie et fédéralisme», in: *Probleme der Demokratie. Kulturhistorische Vorlesungen an der Uni Bern 1980-81*, Berne 1981, p. 115 ss.
- «L'action du droit; prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois», in: *Recht als Prozess und Gefüge; Festschrift für HANS HUBER zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 93 ss.
- «Problèmes constitutionnels relatifs à la protection de la personnalité à l'égard des banques de données électroniques», in: *Informatique et protection de la personnalité*, Fribourg 1981, p. 15 ss.
- «Répartition des compétences dans le domaine de la production centralisée d'énergie de réseau», in: *Problèmes juridiques de l'énergie; enseignement de 3^e cycle de droit 1981*, Fribourg 1982, p. 207 ss.
- «La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes», in: *Mélanges en l'honneur de KURT EICHENBERGER*, Bâle 1982, p. 423 ss.
- «Le processus de décision en Suisse en matière d'énergie nucléaire», in: *Energie et société; le choix des énergies et ses implications socio-économiques*, Paris 1982, p. 659 ss.
- «Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de la mise en œuvre», in: *Le droit en action*, St-Saphorin 1982, p. 307 ss. Traduction allemande en 1984.
- «La liberté de la langue», in: *Mélanges ANDRÉ GRISEL*, Neuchâtel 1983, p. 161 ss.
- «Aspectos del derecho de las lenguas en Suiza», in: *Ordenacion legal del plurilingüismo en los estados contemporaneos*, Barcelone 1983, p. 88 ss.
- «Alternative démocratique à la révision totale de la Constitution», in: *Zur Zukunft von Staat und Wirtschaft in der Schweiz; Festschrift für Bundesrat Dr. KURT FURGLER zum 60. Geburtstag*, Zurich 1984, p. 95 ss.
- «Le principe de légalité dans une perspective de méthode législative», in: *Bulletin d'information de la Société suisse de législation*, vol. 4, 1984, p. 8 ss.

- «La contribution des études de mise en œuvre à la théorie du droit», in: *Bulletin du Programme national 6, Processus de décision dans la démocratie suisse*, vol. 7, 1984, p. 37 ss.
- «Le rôle du droit constitutionnel dans la prévention de l'inflation du droit et dans l'amélioration de sa qualité», in: *Rapport suisse au Colloque de l'Association internationale de droit constitutionnel*, Varsovie 1986, p. 1 ss.
- «La croissance normative; comment faire face à une masse de droit considérable?», *ZBl*, vol. 87, 1986, p. 1 ss et *Il foro italiano*, 1987 V, p. 497 ss.
- «La formation et la mise en œuvre du droit», *Pouvoirs*, vol. 43, 1987, p. 177 ss.
- «Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 13, 1988, p. 11 ss.
- «L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes», in: *L'égalité entre hommes et femmes; bilan et perspectives*, Lausanne 1988, p. 75 ss.
- «Synthèse», in: *Gestion et contrôle publics de la radio et de la télévision. Colloque international*, Lausanne, 4 mai 1988, Zurich 1988, p. 181 ss.
- «Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit», *Verwaltung & Organisation*, 42, 1988, p. 212 ss.
- «Le droit de l'Etat providence; prolégomènes à une étude de la révolution juridique post-moderne», *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padoue 1988, p. 451 ss.
- «I diritti linguistici in Svizzera», *Le Regioni*, XV, 1988, p. 1357 ss.
- «Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation», *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 391 ss.
- «La liberté de la communication audiovisuelle», in: *Droit des médias audiovisuels*, Bâle 1989, 7 ss.
- «Le droit de grève dans tous ses états», in: *Le droit social à l'aube du XXI^{ème} siècle; Mélanges ALEXANDRE BERENSTEIN*, Lausanne 1989, p. 45 ss.
- «Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique», in: *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts; Festschrift für OTTO K. KAUFMANN*, Berne 1989, p. 139 ss.
- «Les objectifs de la législation; approches diversifiées et complémentaires», *Revue de la recherche juridique; droit prospectif*, 1989-4, p. 860 ss.

- «La sanction», *Archives de philosophie du droit*, vol. 35, 1990, p. 293 ss.
- «Le développement de la méthodologie juridique en Suisse», *Revue de la recherche juridique; droit prospectif*, 1990-4, p. 729 ss.
- «La méthode législative ou la rationalisation de l'action finalisée de l'Etat», *Législation d'aujourd'hui*, 1990/1, p. 35 ss.
- «Suffrage féminin en Appenzell (arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1990)», *Revue française de droit constitutionnel* n° 7, 1991, p. 556 ss.
- «La Constitution saisie par l'Europe», in: *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique; Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle 1991, p. 37 ss.
- «Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit», in: *Les instruments de l'action de l'Etat*, Bâle 1991, p. 237 ss.
- «La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit», in: *L'Etat propulsif; contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris 1991, p. 181 ss.
- «La coordination matérielle: de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit», in: *Droit de l'environnement dans la pratique*, vol. 5, 1991, p. 201 ss.
- «La contractualisation du droit dans l'Etat providence», in: *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris 1991, p. 139 ss.
- «De l'Etat de droit à l'Etat interventionniste», *Plaidoyer*, vol 9, n° 9, 1991, p. 55 ss.
- «La légalité de la légalité», in: *Figures de la légalité*, Paris 1992, p. 185 ss.
- «La coordination matérielle des décisions; espoir ultime de systématisation du droit des politiques publiques», in: *Droit de l'environnement; mise en œuvre et coordination*, Bâle 1992, p. 167 ss.
- «Buts et objectifs dans l'application et la mise en œuvre du droit public», in: *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles 1992, p. 75 ss.
- «L'obligation d'évaluer les effets des lois», in: *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993, p. 79 ss.
- «Liberté de la langue et principe de territorialité; variations sur un thème encore méconnu», *RDS*, vol. 112, 1993 I, p. 11 ss.
- «Vers une méthodologie de la communication législative», *Législation d'aujourd'hui*, 1994-2, p. 11 ss.
- «Para uma metodologia da comunicação legislativa», *Legislação*, 1994, p. 19 ss.

- «L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir», *Revue de la recherche juridique: droit prospectif*, Aix-en-Provence 1994, p. 1141 ss.
- «La simplification des procédures ou comment faire simple avec du complexe», in: *Aménagement du territoire et protection de l'environnement; la simplification des procédures*, Bâle 1995, p. 247 ss.
- «Structures temporelles de la loi», in: *Le temps et le droit*. Actes du 4^{ème} Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique, Cowansville, Québec 1996, p. 57 ss.
- «La fin des règles fixes», *Revue européenne des sciences sociales*, n° 34, 1996, p. 195 ss.
- «Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes», in: *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Bruxelles 1996, p. 261 ss.
- «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», in: *De la constitution, Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT*, Bâle 1996, p. 57 ss.
- «Pesée d'intérêts et décisions complexes», in: *La pesée globale des intérêts; droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle 1996, p. 41 ss.
- «L'arrêt «La Joubarde d'Aywaille» au regard des exigences du droit suisse», in: *Aménagement environnement, urbanisme et droit foncier, Revue d'études juridiques*, 1996/4, p. 212 ss.
- «Eléments de légistique formelle et matérielle», in: *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999, p. 17 ss.
- «Formes et fonctions de l'évaluation législative», *Législation d'aujourd'hui*, 1999/2, p. 79 ss.
- «Y a-t-il un texte dans le prétoire?», in: *Les grands courants de l'herméneutique juridique*, Numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1999, avec FRANÇOIS OST, Bruxelles 1999, p. 1 ss.
- «L'apport de la légistique à une meilleure connaissance de la loi», in: *L'accès aux normes juridiques; actes, réunion multilatérale, Borovets (Bulgarie), 25-27 novembre 1998*, Strasbourg 2000, p. 57 ss.
- «Introduction», in: *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, p. 1 ss.

- «Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations», in:
Le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles 2001, p. 81 ss.
- «L'évaluation des effets des mesures étatiques», in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.),
Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 1119 ss.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons



COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La légalité: un principe à géométrie variable



COLLECTION GENEVOISE

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation
de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les origines et le fondement du contrôle
de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit



COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe:
Libre circulation et participation

La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

François Chaix

Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe
de la relativité des conventions

Michel Hottelier

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Charles-Albert Morand

Aménagement du territoire et protection de l'environnement:
La simplification des procédures

Herbert Schönle

Droit des obligations et droit bancaire. Etudes
Problèmes actuels de droit fiscal. Mélanges en l'honneur
du Professeur Raoul Oberson



COLLECTION GENEVOISE

Rita Trigo Trindade

Le conseil d'administration de la société anonyme

Thierry Tanquerel

Les voies de droit des organisations écologistes
en Suisse et aux Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(*Editeur*)

La pesée globale des intérêts.
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Bénédict Foëx

Le contrat de gage mobilier

Arlette Stieger-Chopard

L'exclusion du droit préférentiel de souscription
dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Blaise Knapp et Xavier Oberson
(*Editeurs*)

Problèmes actuels de droit économique.
Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod



COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Wisard

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Philippe Gerber

La nature cassatoire du recours de droit public
Mythe et réalité

Pierre Guibentif

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination à l'exemple du Portugal

Alfred Dufour, Ivo Rens, Rudolf Meyer-Pritzl, Bénédicte Winiger
(Editeurs)

Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Jacques-André Reymond

De l'autre côté du miroir. Etudes récentes

Xavier Favre-Bulle

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Jean-Paul Vulliéty

Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de
Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980



COLLECTION GENEVOISE

Vincent Martenet

L'autonomie constitutionnelle des cantons

Dominique Mani

Les droits du patient face à la médecine contemporaine

Margareta Baddeley
(*Editeur*)

La forme sociale des organisations sportives
Questions de responsabilité

Nicolas de Gottrau

Le crédit documentaire et la fraude.
La fraude du bénéficiaire, ses conséquences
et les moyens de protection du donneur d'ordre

Jean-Philippe Dunand

Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Bénédict Foëx et Luc Thévenoz
(*Editeurs*)

Insolvence, désendettement et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves



COLLECTION GENEVOISE

Frank Lampert

Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im
Schweizer Steuerrecht –
unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG

François Bellanger
(*Editeur*)

L'Etat face aux dérives sectaires

Philip Grant

La protection de la vie familiale et de la vie privée
en droit des étrangers

Marc Henzelin

Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger
selon le principe de l'universalité

Dominique Junod Moser

Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et
du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen

Andreas Auer, Jean-Daniel Delley, Michel Hottelier, Giorgio Malinverni
(*Editeurs*)

Aux confins du droit
Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand



COLLECTION GENEVOISE

Démocratie directe

Andreas Auer
(*Editeur*)

Les origines de la démocratie directe en Suisse
Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Alexander Trechsel et Uwe Serdült

Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten Demokratie in den
schweizerischen Kantonen 1970-1996

Jean-Daniel Delley
(*Editeur*)

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse
Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Alexander Trechsel

Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970-1996

Andreas Auer
(*Editeur*)

Sans délais et sans limites?
L'initiative populaire à la croisée des chemins
Ohne Fristen und Grenzen?
Die Volksinitiative am Scheideweg



COLLECTION GENEVOISE

Les grands juristes

Dominique Mani

Eugen Huber juriste charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour
(*Editeurs*)

Jacques Godefroy (1587–1652)

Alfred Dufour

Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848)
Genevois et Suisse à vocation européenne

Droit et Histoire

Alfred Dufour, Robert Roth et François Walter
(*Editeurs*)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Bénédict Winiger

La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Christian M. Reiser

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises



COLLECTION GENEVOISE

Droit de la propriété

Michel Hottelier et Bénédicte Foëx
(Editeurs)

Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Grands textes

Pellegrino Rossi
Cours d'histoire suisse
(Edité et préfacé par Alfred Dufour)

